Die Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im spätgemeinen und im bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br.

Eingereicht von

Rudolf Ehrlich

1933

Druck: J. Biegner, Berlin-Neukölln, Weisestraße 53.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Referent: Professor Dr. Schwarz.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhalt.

Seite

A. Einleitung 5

B. Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 7

I. Entwicklung der Lehre im gemeinen Recht 7

1. Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei nichtigen Verträgen.

a) Die Theorie Jherings.

b) Die Haftung aus der Mandatsklage.

c) Die Haftung als Anspruch aus der Kontraktsklage.

d) Die Haftung aus dem äußeren Vertragsschluß.

e) Die Haftung als Garantieübernahme.

f) Die Begründung der Haftung durch die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben.

g) Actio doli?

2. Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei einem zustandegekommenen Vertrage 12

II. Entwicklung der Lehre nach Inkrafttreten des BGB.

1. Die Regelung im BGB. 12

a) bei nicht zustandegekommenen Verträgen 12

b) bei zustandegekommenen Verträgen 13

2. Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Literatur . . . 13

a) Ablehnung einer allgemeinen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 13

b) Verschulden beim Vertragsschluß als unerlaubte Handlung 14

3. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß bei zustandegekommenen Verträgen.

a) Die Lehre Leonhards 15

b) Ihr Einfluß auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . 17

c) Die Stellungnahme des Schrifttums 19

aa) Zustimmende Ansichten, insbesondere die Lehre Oertmanns 19

bb) Gegnerische Ansichten:

a') Die frühere Lehre Enneccerus 19

b') Die Lehre Sibers 20

c') Die Lehre von Tuhrs 21

Seite

4. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß bei nichtigen Verträgen 22
a) Die Lehre des Reichsgerichts.
b) Schrifttum:
aa) Zustimmende Ansichten.
bb) Gegnerische Ansichten
cc) Einzelfälle.

5. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß auch bei äußerlich nicht zustangekommenen Verträgen 25
a) Die Lehre Sibers.
b) Die Lehre Stolls.
c) Die Lehre Titzes.
d) Einzelfälle.

III. Konstruktive Begründung der Lehre in der neuesten Zeit . . 29
1. Die Lehre des Reichsgerichts
2. Die Lehre Stolls.
3. Die Lehre Heldrichs und Herholz.
4. Die Lehre Hildebrandts.
5. Die Lehre Leonhards.
6. Die Lehre Jungs.
7. Die Lehre Kreß.

C. Einzelheiten der Haftung 35
1. Ist die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß Verschuldens- oder Verursachungshaftung? 35
1. Die Lehre Kulenbecks.
2. Die Lehre des Reichsgerichts.
3. Die Lehre Titzes.

II. Der für das Verschulden beim Vertragsschluß gewährte Schadensersatzanspruch 37
1. Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist vertraglicher Natur.
2. Positives oder negatives Interesse.
3. Grad der Haftung bei den verschiedenen Schuldverhältnissen

III. Haftung für Verschulden des Erfüllungsgehilfen beim Vertragsschluß 40

D. Ausländisches Recht 44
I. Österreichisches Recht 44
II. Schweizerisches Recht 46

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Die Haftung des Bankiers für Ratserteilung. Holdheims MSchr. 1906, 321.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, 1884.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4., 7., 8. Auflage.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1899.

Ehrenzweig, System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts, 2. Band, 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Enneccerus, Kipp und Wolff. Bd. I, Abt. 1 und 2. 4./5., 15./17., 25./29., 34./37. Auflage.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB., 1902.

Fick, Das Schweizerische Obligationsrecht, 1915.

Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909.

Fürst, Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften. Leipziger Zeitschrift, 1910, 177.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Auflage.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 13, 334 (Literaturbesprechung).

Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, 1924.

Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. Archiv für Zivil-Praxis 130, 285.

Hildebrandt, Ergänzungshaftung. Ein Beitrag zum System des Bürgerlichen Rechts, 1931.

Jhering, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Jherings Jahrb. 4, 1.

Jung, Bürgerliches Recht, 1931. (Das Gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung. Herausgegeben von Stammler).

Kiehl, Ansprüche des Käufers im Falle der Anglist des Bevollmächtigten des Verkäufers beim Vertragsschluß. Gruch, Beitr. 63, 527.

Klein, Zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse. SeuffBl. 72, 149.

Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. JheJb. 11, 302.

Kreß, Allgemeines Schuldrecht.

Kuhlenbeck, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse. DJZ. 1905, 1142.

Lenel, Praktikum des Bürgerlichen Rechts,1926.

Leonhard, Haftung des Verkäufers für Verschulden beim Vertragsschluß, 1896.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.

Leonhard, Schuldrecht des BGB., 1929.

Levy, Anmerkung in JW. 1922, 1313.

Meißner, Kommentar zum BGB., 1898.
Melliger, Culpa in contrahendo, 1898.
Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Schuldverhältnisse, 1853.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationsrecht, 1859.
Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Archiv für Zivil-Praxis, 106, 309.
Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen, 1898.
Oertmann, Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. Leipziger Zeitschrift, 1914, 513.
Oertmann, Bemerkungen zu der Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustandegekommenen Vertrage. Archiv für Zivil-Praxis, 121, 22.
Oertmann, Kommentar zum BGB.
Oser, Das Obligationsrecht, Kommentar, 1929.
Ostwald, Der Erfüllungsdiener, 1920.
Planck, Kommentar zum BGB., 3. Auflage.
Planck-Strohal, Kommentar zum BGB., 4. Auflage.
Planck-Siber, Kommentar zum BGB. II, 4. Auflage.
Raiser, Schadensersatzhaftung bei verstecktem Dissens. Archiv für Zivil-Praxis, 127, 1.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., 6. Auflage.
Savingny, System des römischen Rechts.
Scheurl, Vertragsschluß unter Abwesenden. JheJb., 2, 248.
Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. JheJb., 70, 258.
Staudinger-Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB. II, 7./8. Auflage.
Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB.II, 9. Auflage.
Steinberg, Haftung für culpa in contrahendo, 1930.
Stoll, Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen. Leipziger Zeitschrift, 1923, 532.
Stoll, JW. 1927, 2118, Anm. 8; 1928, 1285, Anm. 3.
Thöl, Das Handelsrecht, 6. Auflage.
Titze, Verschulden beim Vertragsschluß, Handwörterbuch der Rechtswissenschaften. Herausgegeben von Stier-Somlo u. Elster, 1926, S. 516.
Titze, JW. 1931, 512 (Buchbesprechung).
von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1914, 1919.
von Tuhr, Schadensersatz bei Dissens. Archiv für Zivil-Praxis, 121, 59.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 3. Auflage.
Warneyer, Kommentar zum BGB., 1. Auflage.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Auflage.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage.

A. Einleitung.

Die Rechtsordnung wird beherrscht von dem Grundsatz, daß die ihr unterworfenen Personen im allgemeinen in der Regelung ihrer durch das Zusammenleben erforderlich werdenden Geschäfte frei sind. Sie können, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen im Wege stehen, nach Belieben Verträge miteinander eingehen. Erst dann, wenn diese Verträge zustandegekommen sind, greift die Rechtsordnung regelmäßig ein. Ihre Bestimmungen sollen die Vertragsparteien in den durch den Vertrag erworbenen Rechten schützen; sie sollen verhindern, daß eine der Parteien, die durch den Vertragsschluß freiwillig übernommenen Verpflichtungen zum Schaden der anderen Partei verletzt.

So enthält denn auch das BGB. Regeln über die Folgen, die die Parteien bei Verletzung wirksam abgeschlossener Verträge treffen, während nur ganz vereinzelt Vorschriften zu finden sind, die auch für den Fall des Nichtzustandekommens eines Vertrages eine Haftung begründen.

Daneben ist im Recht der unerlaubten Handlungen die Rechtssphäre der Rechtssubjekte vor Eingriffen anderer durch besondere Rechtsvorschriften geschützt. In diesem Abschnitt des BGB. sind die Folgen solcher Handlungen bestimmt, die nicht auf Grund freiwillig eingegangener Bindung mißbilligt werden, sondern die nach Ansicht des Gesetzgebers deshalb unerlaubt sind, weil sie Verstöße gegen das vom Gesetz umrissene, von jedem Menschen im Interesse der anderen zu beobachtende Verhalten darstellen.

Es hat sich indessen gezeigt, daß diese beiden im Gesetz enthaltenen Haftungsgründe den mannigfachen, im Verkehr der Menschen auftretenden und nach Grundsätzen der Billigkeit offenbar zur Haftung verpflichtenden schädigenden Handlungen nicht völlig gerecht werden. So hat sich insbesondere herausgestellt, daß unter Umständen eine Partei, die einen Vertragsabschluß beabsichtigt, durch das Verhalten der anderen Partei im Rahmen der dem Zustandekommen des Vertrages vorausgehenden Tätigkeit einen Schaden erleidet. Nicht immer kann ein auf diese Weise entstandener Schaden durch unmittelbare Anwendung der zur Verfügung stehenden gesetzlichen Vor-

schriften ausgeglichen werden. Daher wurde die Notwendigkeit einer Regelung derartiger Fälle und das Bedürfnis, den Geboten der Billigkeit zu genügen, in der Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten Jahrzehnten immer mehr erkannt.

Bald nach Inkrafttreten des BGB. kam es dazu, daß man sich in Praxis und Wissenschaft bemüht hat, eine Grundlage für die Haftung der schädigenden Partei in solchen Fällen zu suchen, zumal nach Inkrafttreten des BGB. die Ansicht, man handele bei Vertragsverhandlungen lediglich im eigenen Interesse und brauche daher auf das des Gegners keine Rücksicht zu nehmen, an Boden verlor. Die Tendenz des Gesetzgebers in letzterer Zeit geht vielmehr dahin, den Menschen stärker unter sozialen Gesichtspunkten zu betrachten und die allgemeine Freiheit des Individuums einzuschränken, jedenfalls insoweit, als es die Gebote der Billigkeit und das Interesse der Allgemeinheit erfordern.

Die Lehre von den vorvertraglichen Bindungen, die sich dadurch kennzeichnet, daß jede Vertragspartei mit dem Partner zusammenwirken muß, um die Unterlagen für den Aufbau des Vertrages zu schaffen, sofern dadurch schutzwürdige Interessen entstehen und nach den Grundsätzen der Billigkeit Rechtsschutz erfordern, ist die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß.

Wir entwickeln nunmehr diese Lehre dogmengeschichtlich zunächst an den Gedankengängen ihres eigentlichen Schöpfers, Rudolf von Jhering.

B. Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

I. Entwicklung der Lehre im gemeinen Recht.

1. Jhering hat zum ersten Mal für das gemeine Recht das Problem des Verschuldens beim Vertragsschluß als ein prinzipielles behandelt und versucht einheitliche Grundsätze dafür aufzustellen. Das Problem wurde im gemeinen Recht anders als nach dem Inkrafttreten des BGB. in der Fassung aufgestellt, ob es bei nichtigen Verträgen eine Schadensersatzverpflichtung geben könne.

Zur Stellung dieser Frage wurde Jhering insbesondere durch praktische Bedürfnisse veranlaßt. Er führt selbst einen Fall an, der ihn auf dieses Problem gebracht hat, indem es sich darum handelte, ob der irrende Teil dem Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte.[1]) Hier „den culposen Teil" frei und den „unschuldigen das Opfer der fremden Culpa" werden zu lassen, bezeichnet Jhering als „Unbilligkeit und kraktische Trostlosigkeit".[2])

Nach der damals herrschenden Lehre konnte aber Schadensersatz nur dann verlangt werden, wenn es sich um Haftung für eine unerlaubte Handlung oder innerhalb eines Vertragsverhältnisses handelte.[3]) Dies veranlaßte Jhering, die herrschende Lehrmeinung zu bekämpfen, die in diesen Fällen zu keinem anderen Ergebnis kommen konnte. Da der Vertrag in dem von Jhering angeführten Beispiel nichtig war, so konnten die Grundsätze über die „contraktliche culpa" keine Anwendung finden, andererseits ebensowenig die der außerkontraktlichen, wenn man nicht bei der actio doli über das Moment des dolus und bei der actio legis Aquiliae über das Moment der Beschränkung der hierher gehörigen Fälle hinwegsehen wollte.[4])

---

[1]) Jhering, Seite 2.
[2]) Jhering, Seite 2.
[3]) cf. z. B. Savigny, System des römischen Rechts III, S. 294, Note d.
[4]) Jhering, Seite 2, 24.

Da dies nach den römischen Quellen nicht möglich war, so kam Jhering zu der Ansicht, man müsse den Anspruch trotz Nichtigkeit des Vertrages auf den Gesichtspunkt kontraktlicher Verschuldung zurückführen, und dies insbesondere wegen seiner äußeren Veranlassung. Jhering sagt: „Es ist der intendierte und äußerlich oder scheinbar vollzogene Abschluß eines Kontraktes, der sich in allen Anwendungsfällen desselben wiederholt, und der uns auf die Vermutung führen muß, daß in der Verbindung, in der hier die Verschuldung mit dem Kontraktsverhältnis auftritt, die eigentümliche Natur unseres Ersatzanspruches beschlossen liege."[5])

Zur Begründung dieser Ansicht führt Jhering an, daß die Römer dort, wo sie sagten: nullam esse emptionem, trotzdem eine „actio" empti gäben, obwohl die Kontraktsklage hier auf Fälle angewandt werde, für die sie ihrer Natur nach nicht anwendbar sei. Das sei besonders bedeutungsvoll, weil der Name der Klage „im Munde des römischen Juristen . . . der Ausdruck der materiell-rechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses" sei.[6])

Jhering kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß der Begriff der Nichtigkeit nur die Erreichung des praktischen Hauptzweckes der Klage, die Erfüllung ausschließe, nicht aber die sonstigen aus diesem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen, z. B. die in Frage stehende Schadensersatzklage.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wird nun aber gewöhnlich nicht ohne weiteres gegeben. Vielmehr ist die regelmäßige Voraussetzung der Verpflichtung zum Schadensersatz, wie Jhering selbst hervorhebt, „auf Seiten des Beklagten die Verschuldung".[7]) Dieses Verschulden findet Jhering darin, daß der Verkäufer den Vertrag abgeschlossen habe, ohne alle etwaigen Hindernisse, die er hätte kennen müssen, zu berücksichtigen und dadurch dem Gegner einen Schaden zugefügt habe; mit Jherings Worten: „ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästieren zu können und durch den falschen Schein des Kontraktes den anderen Teil irre führt."[8])

---

[5]) Jhering, Seite 26.

[6]) Jhering, Seite 13, 28, 29, 30. Neuerdings erscheint diese Frage im Lichte quellenkritischer Forschung allerdings im anderen Lichte, wenn man die Ausführungen berücksichtigt, die Heldrich in seiner Schrift: „Das Verschulden beim Vertragsschluß", Seite 18 ff. hierzu macht. Heldrich weist darauf hin, daß die von Jhering für seine Lehre zitierten Quellenstellen (cf. insbesondere 1. 8 Dig. 18,4; 1. 9 eod. loco; 1. 8 § 1 Dig. 11,7) sich widersprechen und offenbar interpoliert sind. Nach klassischer Auffassung könne daher einer Haftung durch culpa in contrahendo bei nichtigen Kaufverträgen ebensowenig gegeben sein, wie eine derartige Haftung wegen Verschuldens beim Abschluß gültiger Verträge.

[7]) Jhering, S. 34.

[8]) Jhering, S. 34.

Diesen Grundsatz liest Jhering aus den römischen Quellen, die den Verkäufer einer nicht existierenden Erbschaft und einer res extra commercium behandeln, heraus, will ihn aber nicht auf diese Fälle beschränken, sondern ihn auf jeden Verkauf einer nicht existierenden Forderung oder Sache und auf jeden Kontrakt überhaupt anwenden.

Daraus leitet Jhering den allgemeinen Satz ab: „Wer kontrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außerkontraktlichen Verkehrs in den positiven der Kontraktssphäre, . . . und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er übernimmt, ist die: beim Kontrahieren selbst bereits die nötige diligentia anzuwenden. Nicht bloß die bestehenden, sondern bereits die entstehenden Kontraktsverhältnisse müssen unter dem Schutz der Regeln über die culpa stehen.“[9])

Diese Lehre Jherings hat sich im gemeinen Recht nicht überall durchgesetzt. Unbedingte Zustimmung hat sie bei Vangerow[10]) gefunden; auch die Gerichte haben sich ihr teilweise angeschlossen. So hat ein Oberlandesgericht (Wolfenbüttel)[11]) im Anschluß an Jhering entschieden: „Der Umstand, daß der intendierte Vertrag hinfällig geworden ist, schließt die Kontraktsklage auf Ersatz des durch die Verschuldung des einen Kontrahenten dem andeeren verursachten Schadens nicht aus.“

Meist fand aber die Lehre Jherings Ablehnung, teils wegen der Art ihrer Begründung, teils wegen des Ergebnisses, das sie zeitigte.

b. Einen Teil des von Jhering aufgeworfenen Problems hatte schon Scheurl dadurch lösen wollen, daß er bei Widerruf einer Vertragsofferte, die im gemeinen Recht im Gegensatz zum geltenden bürgerlichen Recht frei widerruflich war, die Mandatsklage gewährte. Nach seiner Ansicht schließt jeder Antrag zur Eingehung eines Vertrages, zu dessen Erfüllung irgendeine Tätigkeit des Adressaten erforderlich sei, einen Auftrag zu dieser Tätigkeit in sich. Wenn der Adressat ohne Kenntnis des Widerrufs eines Auftrags tätig geworden sei, so habe der Mandatar gegen den Mandanten die actio mandati contraria. Da nun der Widerruf eines Vertragsantrages auch die Zurücknahme des in ihm enthaltenden Auftrags enthalte, so sei die actio mandati contraria auch für den Adressaten gegen den Proponenten begründet, wenn er dessen ohne sein Wissen widerrufenen Antrag akzeptiert und durch ein dementsprechendes Handeln sich in Nachteil gesetzt habe.[12])

[9]) Jhering, S. 41/2.
[10]) Vangerow I, § 104, S. 165.
[11]) SeuffArch. 21 Nr. 29.
[12]) Scheurl, S. 274.

c. Allgemeiner behauptete Köppen gegen Jhering, daß es sich in den Fällen, in denen Jhering einen Anspruch auf das negative Interesse geben wolle, um einen gewöhnlichen, rein vertraglichen Anspruch handle. Nach ihm entsteht in den fraglichen Fällen jedenfalls ein Vertrag, wenn auch nicht das beabsichtigte Rechtsverhältnis. Aus diesem Vertrage könne dann auf das negative Interesse geklagt werden. Dieses Ergebnis begründet Köppen folgendermaßen: Der Konsens sei kein „Requisit" für den Abschluß des Vertrages, sondern für den Bestand des Rechtsverhältnisses, das in dem fertigen Vertrage als gewollt erklärt sei. Nur insofern fordere die Schließung des Vertrages den Konsens, als unter letzterem die Akzeptation verstanden werde, die die Zustimmung zur Offerte gebe. Wenn die Zustimmung keine Übereinstimmung herstelle, so sei deshalb das erklärte Rechtsverhältnis nicht zur rechtlichen Geltung gekommen. Das schließe aber nicht aus, daß der Vertrag gleichwohl zustandegekommen sei, der jetzt wegen culpa eine Verpflichtung auf Schadensersatz hervorbringe.[13]) Daraus folgert Köppen: „Wer sich beim Abschluß eines Vertrages zum Schaden des anderen Kontrahenten irrt, läßt sich eine kontraktliche culpa zu Schulden kommen, für deren Folgen er einstehen muß, gleichviel, ob der Irrtum ein entschuldbarer ist oder nicht."[14])

d. Melliger knüpft den Anspruch in erster Linie an die Voraussetzung des äußeren Abschlusses eines Vertrages. Er verlangt, daß ein Vertrag wenigstens scheinbar zustandegekommen ist, mag sich nachher auch die Nichtigkeit des bezweckten Vertrages herausstellen. Dazu stellt er als weitere Grundlage des Anspruchs das Erfordernis auf, daß sich der Geschädigte ohne Fahrlässigkeit befunden hat.[15])

e. Windscheid[16]) half in den fraglichen Fällen mit der Annahme einer Garantieübernahme. Er meinte, jeder müsse für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens einstehen. Da sich der Gegner durch dieses Vertrauen habe bestimmen lassen, so liege in dieser Bestimmung eine Garantie.

Später hat Windscheid[17]) aber diese Garantieübernahme fallen lassen; er nahm dafür an, daß die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung nicht auf seinem Willen beruhe, sondern daß das Gesetz selbst es sei, welches sie ihm ohne seinen Willen auferlege.

---

[13]) Köppen, S. 282.
[14]) Köppen, Anm. 288.
[15]) Melliger, S. 154 ff.
[16]) Windscheid, 4. Aufl., § 307, Anm. 5.
[17]) Windscheid-Kipp, § 309, Anm. 5.

f. Andere wiederum glaubten, das von Jhering gefundene Ergebnis einfach auf das Postulat der bona fides zurückführen zu könnnen.[18]) So nahm man an, daß die bona fides dem Kontrakt immanent, und ihre Wirksamkeit von dem Vorhandensein der objektiven Erfordernisse der Gültigkeit ganz unabhängig sei. Vermöge dieser bona fides müsse der Verkäufer wegen seiner überlegenen Stellung zur Sache für die Erfüllung einstehen.[19])

g. Friedrich Mommsen versuchte, gegen Jhering nachzuweisen, daß der Verkäufer in den hier zur Erörterung stehenden Fällen nur bei dolus und nicht schon bei culpa levis hafte. Mommsen erkennt also keine allgemeine Haftung bei nichtigen Verträgen an, sondern will in solchen Fällen nur die actio doli zulassen. Dem Einwand, daß diese Ansicht den von Jhering angeführten römischen Quellen widerspreche, versucht Mommsen mit der Behauptung zu begegnen, daß die fraglichen Stellen die Voraussetzungen der Ersatzklage nicht in erschöpfender Weise angäben, da sie jedenfalls eine unbestrittene Voraussetzung der Klage, die Unbekanntschaft des Käufers unerwähnt ließen. Ferner sei es den römischen Juristen insbesondere darauf angekommen, festzustellen, daß die Klage auch gegen den Erben gehe. Außerdem erwähne keine Stelle, daß die Klage auf das negative Interesse keinen dolus voraussetze, während feststehe, daß regelmäßig nur dolus als causa obligationis gelte.[20])

Mommsen gibt im übrigen selbst zu, daß es der Billigkeit entspräche, in den von Jhering angeführten Fällen den Verkäufer haften zu lassen, einerlei ob ihm betreffs des Abschlusses des Kontraktes ein Verschulden zur Last gelegt werden könne oder nicht. Dennoch trägt Mommsen Bedenken, der Ansicht von Jhering beizupflichten, weil die von Jhering angeführten römischen Quellen aus den eben angegebenen Gründen nicht bestimmt genug seien, um eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts zu rechtfertigen.[21])

Um die Ansicht, daß der Verkäufer nur wegen dolus hafte, mit dem Umstande in Einklang zu bringen, daß die Römer trotz Nichtigkeit des Vertrages eine Kontraktsklage zuließen, obwohl es sich eigentlich um eine condictio sine causa handle, behauptete Mommsen[22]), daß bei den bonae fidei Kontrakten die Kontraktsklage zur Geltendmachung aller Ansprüche benutzt werden könne, die infolge des äußeren Abschlusses des Kontrakts ent-

---

[18]) So z. B. Goldschmidt, S. 355; Thöl I, § 237.
[19]) Bechmann II, Seite 434.
[20]) Mommsen, Erörterungen II, Seite 37.
[21]) Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, Seite 122.
[22]) Mommsen, Erörterungen II, Seite 42.

standen seien, zumal die Römer die actio doli wegen ihrer infamierenden Natur möglichst zu beschränken suchten.

2. Franz Leonhard suchte nachzuweisen, daß im römischen Recht stets beim Vertragsschluß der Kontrahent für Fahrlässigkeit haftbar gemacht werden könne, sofern nur überhaupt ein gültiger Vertrag vorlag. Diese Ansicht war aber, wie Leonhard selbst sagt,[23]) von der Wissenschaft des gemeinen Rechts nicht anerkannt. Leonhard behauptet, daß im römischen Recht der Verkäufer für schuldhaftes, aber nicht arglistiges Verschweigen von Mängeln haftbar gemacht wurde. In dem fahrlässigen Verschweigen sieht Leonhard einen Verstoß gegen die bona fides, die nicht nur bei Arglist, sondern auch bei fahrlässiger Verletzung von Vertragspflichten verletzt werden könne.[24])

II. Entwicklung der Lehre nach Inkrafttreten des BGB.

1. Die Regelung im BGB.

a) Das BGB. hat die Fälle, die im gemeinen Recht von Jhering behandelt und streitig geblieben waren, positiv-rechtlich geregelt. Es handelt sich hier insbesondere, wie bereits oben dargelegt wurde, um die Frage, ob und unter welchen Umständen Schadensersatz geleistet werden müsse, wenn der Vertrag aus einem „in der Person des einen Kontrahenten oder seinem Rechtsverhältnis liegenden Grunde" nichtig ist.[25]) Bei der Normierung der hier fraglichen Tatbestände hat der Gesetzgeber die für das gemeine Recht von Jhering ausgesprochen Gedanken aufgegriffen, indem er einen Schadensersatzanspruch bei Verträgen über eine unmögliche Leistung nur bei culpa (§ 307), bei den Irrtumsfällen (§ 122 BGB.) aber über Jhering hinausgehend ohne Rücksicht auf ein Verschulden anerkannte.

Wissenschaft und Praxis haben sich noch lange nach dem Inkrafttreten des BGB. nur an diese gesetzliche Regelung gehalten. Man begnügte sich meist damit festzustellen, daß das Gesetz einen Schadensersatzanspruch auch in solchen Fällen gegeben habe, in denen das Geschäft nicht zustande gekommen sei und führte in stereotyper Weise die Fälle der §§ 122, 179, 307, 309 BGB. an. Gewöhnlich betrachtete man auch nur die §§ 307, 309 BGB. als reine Fälle der culpa in contrahendo, da die übrigen

[23]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, Seite 9.
[24]) Leonhard, Seite 7.
[25]) Vangerow I, § 109, Seite 165.

Vorschriften kein Verschulden des Gegners voraussetzen. In ihnen sah man deshalb nur eine „reine Haftung für das negative Interesse."[26])

b) Das BGB. enthält außer den auf den nichtigen Vertrag zugeschnittenen Bestimmungen bei den einzelnen Schuldverhältnissen mehrere Vorschriften, die die Annahme zulassen, daß das Gesetz auch bei später zustangekommenem Vertrage eine Haftung für Verschulden beim Vertrasschluß anerkenne. Es sind dies insbesondere die §§ 463, Abs. 2; 476,523, Abs. 1; 524, Abs. 1; 538, 600, 694 BGB. Allerdings wurden diese Bestimmungen nach dem Inkrafttreten des BGB. noch nicht als Ausdruck der Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes der Haftung für culpa in contrahendo gewertet. Das ist erst später geschehen, als man bestrebt war, eine gesetzliche Stütze für die außerhalb des BGB. entwickelte Lehre zu finden.

2. Rechtssprechung des Reichsgerichts und die Literatur.

a) Irgendwelche über die im Gesetz festgelegten Grundsätze hinausgehenden Gedanken, die auch in anderen Fällen zur Annahme einer culpa in contrahendo geführt hätten, setzten sich zunächst nicht durch.

Zwar hatte schon Meißner[27]) 1899 den allgemeinen Satz aufgestellt, das obligatorische Recht werde auch durch ein bei Vertragsschluß obwaltendes Verschulden wesentlich mit beeinflußt; wer es begehe, verletze seine rechtsgeschäftlichen Pflichten. Aber diese vereinzelte Meinung vermochte keine Änderung der damals herrschenden Lehre herbeizuführen.

Ebensowenig griff man auf den Gedanken Leonhards[28]) zurück, daß bei zustandegekommenen Verträgen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß unbedingt anzuerkennen sei.

Das Reichsgericht hat in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB. mehrfach Entscheidungen getroffen, deren Begründung auf den ersten Blick der von Leonhard für das gemeine Recht aufgestellten Lehre von der culpa in contrahendo bei zustandegekommenen Verträgen zu entsprechen scheint. In Wirklichkeit beruhten diese Entscheidungen des Reichsgerichts aber auf anderen Erwägungen als den von Leonhard für maßgeblich

---

[26]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht I, § 130 IV. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, § 151 II 1a und Anm. 27.

[27]) Meißner, Kommentar zum BGB. II, Seite 25.

[28]) Leonhard, Haftung des Verkäufers für Verschulden beim Vertragsschluß. 1896.

erachteten Gedanken der culpa in contrahendo. Das Reichsgericht[29]) hat im Gegenteil stets ausdrücklich in dieser Zeit ausgesprochen, daß es einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, man müsse jedes Verschulden beim Vertragsschluß vertreten, nicht gebe. Insbesondere wurde es abgelehnt, einen solchen Gedanken aus § 276 BGB. abzuleiten, da § 276 BGB. ebenso wie die folgenden Vorschriften ein fertiges Schuldverhältnis voraussetze.

Die Fälle, in denen diese Auffassung des Reichsgerichts zum Ausdruck kam, sind unter anderen folgende: Ein Bankier, an den sich ein Kunde zwecks Ankaufs von Effekten wendet, erteilt diesem Kunden einen Rat, bei dessen Befolgung demselben ein Schaden entsanden ist. Das Reichsgericht[30]) verurteilte den Bankier zum Ersatz des dem Kunden entstandenen Schadens. Es behandelte die Ratserteilung „als eine unselbständige Nebenleistung des Verkäufers, die nur von dessen Verpflichtung aus dem Kaufvertrage getragen und charakterisiert wird." Das Reichsgericht leitet hier den Schadensersatzanspruch aus dem Verschulden in betreff der Ratserteilung her, die ja zeitlich vor dem Vertragsschluß lag.

In einem anderen Falle konstruierte des Reichsgericht[31]) einen dem Hauptvertrag vorangehenden Vorvertrag, indem es annahm, daß zwischen den Parteien eine dauernde Geschäftsverbindung bestehe, die als Grundlage einer Vertragshaftung genüge.

Ebenso entschied das Reichsgericht in einem Falle, wo das Mitfahren des Klägers in einem Auto im Zusammenhang von Vorbesprechungen unter den Parteien über den Kauf eines Autos verabredet war. Das Reichsgericht charakterisiert diesen Vorgang als „den Abchluß eines den eventuell in Aussicht genommenen Kaufvertrag vorbereitenden Vertrages."[32])

b) Diese Entscheidungen lassen die Annahme einer Haftung aus culpa in contrahendo nicht erkennen. Jedenfalls ergibt ihr Wortlaut nicht, daß die Konstruktion den Gedanken aussprach, auf denen die spätere Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß beruht. Diese frühere Rechtssprechung des Reichsgerichts geht vielmehr noch von dem gemeinrechtlichen Gedanken aus, daß die obligatorische Verpflichtung nur aus einem bereits zum Abschluß gekommenen Vertrage hergeleitet werden könne. Aus diesen Gesichtspunkten heraus wurde das Reichsgericht zu der Konstruktion von den Nebenverpflichtungen eines Vertrages und vom Vorvertrage veranlaßt. Maßgebend war also nach wie vor

[29]) RGZ. 61, 207; RG. JW. 08, 657; 09, 684; RG. LZ. 10, 82.
[30]) RG. JW. 05, 502.
[31]) RGZ. 67, 394.
[32]) RGZ. 65, 17.

die Auffassung, daß nur Vertragsbeziehungen als Grundlage einer obligatorischen Haftung — von Delikten abgesehen — sein könnten. So kam es, daß das Reichsgericht, wenn es in anderen Entscheidungen den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo erwähnte, eine Haftung nur als Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung annahm.[33]) Es leitete aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber nur vereinzelt den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo erwähnt habe, die Lehre ab, der Gesetzgeber habe eine solche allgemeine Bestimmung für die Eingehung von Rechtsgeschäften nicht treffen wollen.[34])

Nach dieser damals auch in der Literatur[35]) herrschenden Ansicht konnten nicht alle Fälle eines Verschuldens beim Vertragsschluß zu einem Schadensersatzanspruch führen. Denn man zog hierbei nur den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlungen in Betracht, die ja nach den Bestimmungen des BGB. nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen geeignet waren, eine Schadensersatzpflicht hervorzurufen: § 826 BGB. setzt einen bestimmten Vorsatz; § 823 BGB. ein bestimmtes Rechtsgut und § 823 Abs. 2 BGB. die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus. Damit war aber jeder prinzipiellen Erkenntnis der Weg verbaut.

3. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß bei zustandegekommenen Verträgen.

a) Eine bedeutsame Wendung in der Lehre und Rechtsprechung von der culpa in contrahendo-Haftung brachte das 1910 erschienene Buch von Franz Leonhard: „Verschulden beim Vertragsschluß". In diesem stellte Leonhard die Ansicht auf, daß bei zustandegekommenen Verträgen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß stets angenommen werden müsse. Diesen Standpunkt begründete er damit, daß er die analoge — vorher schon von Fuchs[36]) geforderte — Anwendung der §§ 276 ff. BGB. auf erst entstehende Vertragsverhältnisse für gerechtfertigt erklärte.

Daß eine Haftung für culpa in contrahendo im geltenden Recht nicht unmittelbar im Gesetz ausgesprochen sei, gab auch Leonhard zu. Die wenigen Bestimmungen, in denen das BGB. eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß normiert habe, stellen seiner Ansicht nach nicht den Ausspruch eines allgemeinen Grundsatzes dar.[37]) Leonhard rechnete hierher nur

---

[33]) RGZ. 61, 207; RG. JW. 08, 657; 09, 684. RG. LZ. 10, 82.
[34]) RGZ. 61, 207.
[35]) Dernburg II, § 68 II b; Crome, § 157; Golmann-Lilienthal, 84 II 1 d.
[36]) Fuchs, Seite 129.
[37]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, Seite 2.

die §§ 694, 678 BGB. Diese Vorschriften aber, so argumentierte er im Gegensatz zu der damals herrschenden Lehre, seien nicht erschöpfend, vielmehr müsse neben ihnen eine ergänzende allgemeine Regel anerkannt werden, die die Haftung erweitere. Eine Bestätigung für die Richtigkeit einer solchen Erweiterung der Haftung findet Leonhard auch darin, daß in denjenigen Fällen, in denen eine Haftung für Arglist beim Vertragsschluß anerkannt sei, diese als vertragliche angesehen werde.[38])

Ausschlaggebend sind aber für Leonhard[39]) vor allem rein praktische Gesichtspunkte. Ein dringendes praktisches Bedürfnis erfordere die Erweiterung der Haftung, zumal dies auch seiner Ansicht nach dem früheren Recht entspreche. Die Unbilligkeit der herrschenden Lehre findet Leonhard darin, daß sie z. B. den Verkäufer, der nicht arglistig, sondern nur „wissentlich aber fahrlässig" Sachmängel verschwiegen habe, nicht haftbar machen könne. Ebenso sei es, wenn der Verkäufer arglistig das Nichtvorhandensein von Mängeln ohne Zusicherung vorgespiegelt habe oder wenn er einen objektiv begründeten Verdacht von Sachmängeln nicht mitgeteilt habe, ohne zu wissen, ob er begründet sei.

Diese Erwägungen veranlaßten Leonhard, die Haftungsgrundsätze aus bestehenden Verträgen, insbesondere die §§ 276, 278 BGB., auf das Verschulden bei Vertragsverhandlungen anzuwenden. Wie der Schuldner für seine Schuld bei der Vertragserfüllung hafte, so führte er aus, müsse er auch für seine Schuld beim Vertragsschluß haften. Diese Pflichten ständen einander „theoretisch wie praktisch" völlig gleich, weshalb sich die analoge Anwendung der §§ 276 ff. BGB. auf die in Frage stehenden Fälle innerlich rechtfertige.[40])

Durch diese Gleichstellung der Pflichten vor und nach Vertragsschluß ergeben sich auch die Einschränkungen, die Leonhard für seine Lehre gemacht hat. Er nimmt eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur an, wenn den Vertragsverhandlungen ein gültiger Vertrag nachfolgt. Er grenzt diese Haftung auch ausdrücklich von der Jheringschen Theorie und der im Gesetz in den §§ 122, 179, 307 BGB. zum Ausdruck gebrachten Regelung ab, da es sich dort im Gegensatz zu seiner Lehre um ein Verschulden beim Vertragsschluß nur bei nicht zustandegekommenen Verträgen handle.

Für diese Einschränkung seiner Lehre führt Leonhard auch Billigkeitsgründe an: Bloßen Vertragsverhandlungen, die nicht zum Ziele führen, fehle ein Moment, welches die Parteien zu

[38]) Leonhard, Seite 44.
[39]) Leonhard, Seite 3, 11, 55.
[40]) Leonhard, Seite 42, 48.

besonderer Aufmerksamkeit veranlasse und verpflichte. Wenn der Vertrag scheitere, so sei auch jeder Anspruch erledigt.[41])

b) Diese Lehre Leonhards fand im Ergebnis in der Rechtsprechung Anklang. Die erste Entscheidung des Reichsgerichts,[42]) die auf den gleichen Gedankengängen beruhte, erfolgte im Jahre 1912, als es bei einem Vertrage, durch den der Vertrieb eines Fabrikats auf mehrere Jahre einem Unternehmer übertragen wurde, eine Ersatzpflicht wegen nur fahrlässiger Verschweigung der durch Maßnahmen der Konkurrenz herbeigeführten Lahmlegung des Betriebes annahm.[43])

Die Begründung, die das Reichsgericht in dieser Entscheidung für seine Ansicht gab, ist nicht ganz einheitlich. Einerseits führt es aus, eine Rechtspflicht zur Kundgebung der fraglichen Tatsachen bestände für den Kontrahenten um so mehr, als der Vertrag ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet habe. Andererseits bildet dieses Vertrauensverhältnis für das Reichsgericht nicht die Grundlage der vorvertraglichen Haftung. Dies geht daraus hervor, daß es die zum Vertrag führenden Verhandlungen und den Abschluß des Vertrages als ein einheitliches Gebilde bezeichnet, woraus dann weiter gefolgert wird, daß die für die Verhandlung maßgebenden Pflichten zu den Vertragspflichten zu rechnen seien. Das Reichsgericht vertritt den Standpunkt, daß die betreffenden Verpflichtungen, die sich auf den Vertrag gründen, erst in Kraft treten, wenn der Vertrag zum Abschluß gelangt sei; daß diese Pflichten aber, falls es wirklich zum Vertragsschluß komme, in gewissem Sinne von der Zeit, zu der die Vertragsverhandlungen der Parteien erfolgreich endigten, auf die Zeit, zu der sie ihren Anfang nahmen, zurückbezogen werden müßten.[44])

Damit macht sich das Reichsgericht die Argumentation Leonhards zu eigen, insbesondere in der Gleichstellung der vorvertraglichen und der vertraglichen Pflichten. Deshalb kam das Reichsgericht in jener Zeit auch dazu, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur bei gültig zustandegekommenen Verträgen anzuerkennen.

Nur insoweit wich das Reichsgericht von Leonhards Lehre ab, als es nicht eine analoge Anwendung des § 276 BGB. annahm, vielmehr die gefundene Entscheidung auf allgemeine Erwägungen von Treu und Glauben stützte. Es führte aus, daß die Offenbarung gewisser Tatsachen „nach Treu und Glauben und nach der Auffassung des redlichen Verkehrs" schon vor Ver-

[41]) Leonhard, Seite 58.
[42]) RG. JW. 1912, 743.
[43]) Vgl. auch Planck-Siber, Vorbem. 4b zu § 275.
[44]) Vgl. auch Cosack. 7. Aufl., Seite 135.

tragsschluß zu erwarten sei, wenn die Kenntnis dieser Tatsachen für den Entschluß des Kontrahenten, ob er den Vertrag überhaupt eingehen solle, von Bedeutung sei. Das Reichsgericht glaubte also, die rechtliche Pflicht zur Kundgebung solcher Tatsachen auf bona fides zurückführen zu können, bekannte sich also zum Teil zu einer Ansicht, die auch schon im gemeinen Recht für die Annahme einer Haftung für culpa in contrahendo bei nichtigen Verträgen vertreten wurde. Dem Bedenken, ob eine solche Erweiterung der Haftung auch mit dem positiven Recht in Einklang stehe, begegnete das Reichsgericht mit dem Hinweis darauf, daß die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im BGB. jedenfalls nicht abgelehnt sei, wenn es auch keine ausdrückliche Bestimmung enthalte, die eine solche Haftung anerkenne.

Diese Rechtsprechung blieb jedoch nicht einheitlich. In einem gleichfalls vom Reichsgericht entschiedenen Falle hatte eine Stadtgemeinde es unterlassen, vor der Ausschreibung für die Herstellung eines Entwässerungsgrabens zur genauen Erkundigung des Bohrgeländes Vorarbeiten vorzunehmen. In einem anderen Falle war fahrlässigerweise bei einem Kauf ein erheblicher Mietvertrag nicht vorgelegt worden, wodurch der Käufer, der einen Mieter abfinden mußte, Schaden erlitt. In beiden Entscheidungen[45]) verneinte das Reichsgericht im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht die Lehre, daß nach allgemeinen Grundsätzen jede Partei auch beim Vertragsschluß für ihr fahrlässiges Verhalten aufzukommen habe.

Im wesentlichen aber setzte sich die Lehre des Reichsgerichts, gemäß der es eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß generell anerkannt hatte, allgemein durch.[46]) So wurde denn auch im Bd. 95, S. 60, folgender Fall vom Reichsgericht in einem die Haftung bejahenden Sinne entschieden: Röhren waren durch Senkung des Grundwassers trocken zu legen, was aber wegen unrichtiger Angaben des Auftraggebers nicht möglich war, so daß der Unternehmer die Röhren besonders einfassen mußte. Das Reichsgericht kam hier zutreffend zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer Ersatz seiner durch die vergeblichen Versuche entstandenen Kosten verlangen könne. Dies begründete es unter anderem auch damit, daß das positive Recht die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß in einzelnen Vorschriften anerkannt habe, so in den §§ 463, S. 2; 694 BGB. Das Reichsgericht suchte also hier, wie dies schon früher Leonhard getan hatte, seine Entscheidung durch Analogieschlüsse zu rechtfertigen.

---

[45]) RG. JW. 1916, 115/6; ähnlich RGZ. 88, 105.
[46]) RG. JW. 1915, 240; RGZ. 93, 318; 95, 60; 103, 47.

c) Diese neue von Leonhard beeinflußte Lehre des Reichsgerichts erfuhr in der Literatur teils Zustimmung, teils Kritik.

aa) Mit der Lehre des Reichsgerichts stimmte Oertmann[47]) insofern überein, als auch er eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur bei zustandegekommenen Verträgen bejahte.[48]) Oertmann meinte zwar, wenn z. B. der Besteller die Beschaffenheit des Materials nicht genügend untersucht habe, so ließe sich darin nicht ein Verstoß gegen bestehende Vertragspflichten finden. Es wollte aber doch nicht diese vorvertraglichen Pflichten irgendwie verselbständigen und in ihnen allein den Grund der Haftung finden. Dies kann man daraus entnehmen, daß Oertmann besonderes Gewicht auf die Feststellung legte, das fragliche Verschulden sei nicht in der „Herbeiführung des Vertrages" auf Grund solcher unzulänglicher Arbeiten zu finden. Anscheinend will Oertmann wie das Reichsgericht und Leonhard Vertragspflichten auf Geschehnisse vor und bei Vertragsschluß auf früheres pflichtwidriges Verhalten zurückbeziehen.

Von Leonhards Ansicht wich auch Oertmann ebenso wie das Reichsgericht insofern ab, als er die Regeln der Haftung aus bestehenden Verträgen auf das Verschulden bei Vertragsverhandlungen nicht entsprechend angewandt wissen wollte.

Er begründete eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur durch Analogienachweise zu gesetzlichen Bestimmungen (§§ 122, 307, 309, 463, 524, 600, 694 BGB.), in denen er eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß — weiter will Oertmann nichts beweisen — ausgesprochen fand.

bb) Angriffe erfuhr die Lehre des Reichsgerichts von verschiedenen Seiten, einmal deshalb, weil diese Lehre nicht ausdrücklich im Gesetz anerkannt, auch nicht in dasselbe hineininterpretiert werden dürfe, zum anderen, weil diese Lehre nicht weit genug gehe.

a') Enneccerus[49]) insbesondere führte in früheren Auflagen seines Lehrbuchs gegen die Reichsgerichtslehre an, die §§ 275 ff. BGB. könnten nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur auf bestehende Schuldverhältnisse Anwendung finden. Außerdem sei die neue Lehre nicht mit § 463 BGB. in Einklang zu bringen. Hätte der Gesetzgeber eine solche erweiterte Haftung gewollt, so hätte er im Gesetz selbst auch die Ersatzpflicht bei fahrlässiger Nichtkundmachung von Fehlern erwähnt. Die wenigen Einzel-

[47]) Oetmann, LZ. 1914, 513.
[48]) Ebenso Cosack, 7. Ausl., § 135; Warneyer, 1. Aufl., § 276 V.
[49]) Enneccerus, 4./5. Aufl., auch noch 9./11. Aufl., § 331, Anm. 22. Ebenso Kiehl, JW. 1914, Seite 498.

vorschriften, in denen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß enthalten seien, könnten auch nicht für die Annahme eines allgemeinen Prinzips ausreichen, zumal die §§ 122, 307 BGB. nur auf dem „allgemeinen Prinzip des negativen Interesses" beruhten.

b') Gegenstand der Kritik von der anderen Seite war besonders der Umstand, daß Leonhard und das Reichsgericht Vertragspflichten auf Geschehnisse vor Vertragsschluß rückbeziehen. Man wandte sich dagegen, daß einerseits Pflichten vor Vertragsschluß anerkannt werden, andererseits die Haftung für ihre Verletzung von dem etwaigen Abschluß des Vertrages abhängig gemacht werden sollte. Hierin erblickte die Gegenmeinung einen logischen Fehler, ein hysteron proteron.[50]) Denn wenn eine rechtliche Pflicht zur Kundmachung und Aufklärung schon vor Vertragsschluß bestehe, so müsse die Verantwortung auch eintreten, wenn der Vertrag nicht zustandekomme.

Siber wies ferner darauf hin, daß diese Pflichten zum mindestens auch beständen, wenn der Vertrag aus einem den Parteien unbekannten Grunde nichtig sei. Daß die vorvertraglichen Pflichten überhaupt unabhängig vom nachfolgenden Vertrage erfüllt werden müßten, gehe auch daraus hervor, daß ihre Erfüllung gerade als Grundlage des Gegners, ob er sich auf den Vertragsschluß einlassen solle oder nicht, dienen solle.[51])

Die Kritik Sibers befaßte sich aber nicht nur mit den von ihm bekämpften Gedankengängen des Reichsgerichts, Siber stellte darüber hinaus weitere Erörterungen an, die dem Ausbau der Lehre gewidmet waren. Er legte insbesondere dar, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur dann in Betracht komme, wenn es sich um Verletzung einer Anzeige- oder Erkundigungspflicht handle, daß dagegen eine Haftung für Verletzung gesetzlicher Erhaltungspflichten im Sinne des § 362, Abs. 2, HGB. zum Ausdruck gelangten Prinzips abzulehnen sei.[52]) Die Haftung für Verletzung von Anzeige- und Erkundigungspflichten leitet Siber hauptsächlich aus gesetzlichen Bestimmungen her, deren Gedanken er auch in anderen als den gesetzlich geregelten Fällen für allgemein anwendbar erachtet. Daraus, daß bei Verträgen auf unentgeltliche Leistung von Gegenständen (§§ 523, Abs. 1, 524, Abs. 1, 600 BGB.) der Schuldner regelmäßig nur zur Anzeige ihm bekannter Mängel, bei unentgeltlichen Verträgen auf Leistung eines erst anzuschaffenden Gegenstandes weiterhin zur Erkundigung von Rechtsmängeln (§ 523, Abs. 2, BGB.) und nach § 524, Abs. 2, BGB. auch zur Erkundigung von

[50]) Planck-Siber vor § 275 I 4b; Levy, JW. 1922, Seite 1313.
[51]) Vgl. auch Alsberg, Holh. MSchr. 06, 321 ff.
[52]) Planck-Siber vor § 275 I 4c.

Sachmängeln verpflichtet sei, schließt Siber auf Grund eines argumentum a maiore ad minus, daß bei anderen, also entgeltlichen Verpflichtungen jeder Schuldner auch zur Erkundigung nach Sach- und Rechtsmängel verpflichtet sei, wenn er den anzuzeigenden Mangel infolge eines nach dem Haftungsmaßstab des konkreten Schuldverhältnisses zu vertretenen Verschuldens nicht gekannt habe.[53])

Hingegen lehnt Siber das Vorhandensein von allgemeinen Erhaltungspflichten deshalb ab, weil der oben erwähnte § 362, Abs. 2, HGB. nur für gewisse Handelsgewerbe zutreffe und daher keinen Analogie-, sondern nur einen Umkehrschluß gestatte.[54]) Zu dieser Annahme ist Siber schon deshalb genötigt, weil seiner Ansicht nach die Zahl der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse geschlossen sei.[55]) Um in diesen Fällen eine Haftung herbeizuführen, nimmt Siber an, daß Verhandlungen, die einem Vertragsschluß vorausgehen, oft schon einen namenlosen, nur auf Begründung von Erhaltungspflichten gerichteten Vertrag in sich schließen.[56])

c') Eine von der konstruktiven Begründung Sibers wesentlich abweichende Ansicht vertrat von Tuhr. Er nahm schon während der Vertragsverhandlungen als Vorläufer des Vertrages zwischen den Parteien ein „Rechtsverhältnis mit eigenartigen Wirkungen" an. So entstehe, argumentierte von Tuhr, z. B. aus der Offerte schon eine Bindung des Offerenten und ein ihr entsprechendes Gestaltungsrecht des Gegners. Der Offerent dürfe daher nicht die Rechte des Offerenten vereiteln. Von Tuhr erklärt ausdrücklich, daß es sich bei Nichterfüllung dieser fraglichen Pflichten nicht um solche aus einem Vertrage handle. Vielmehr sieht er als Grund der Haftung ein durch die Vertragsverhandlungen begründetes selbständiges Rechtsverhältnis selbst an.[57]) Daß von Tuhr ebenso wie Siber von der Annahme ausging, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß trete auch bei Nichtzustandekommen des Vertrages ein, ergibt sich aus seinen Darstellungen nicht ausdrücklich; man kann das aber aus seiner Konstruktion eines — doch selbständigen — Rechtsverhältnisses, das dem Hauptvertrag vorgelagert ist, entnehmen.[58])

---

[53]) Planck-Siber vor § 275 I 4a.
[54]) Planck-Siber vor § 275 I 4c.
[55]) Siber, Jherings Jb. 70, 258.
[56]) Planck-Siber vor § 275 I 4c.
[57]) von Tuhr II, Seite 488; III, Seite 463.
[58]) von Tuhr, Schadensersatz bei Dissens ArchZivPrax. 121, 359. Hier sagt von Tuhr dies auch ausdrücklich.

4. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß bei nichtigen Verträgen.

Aus der oben dargestellten Rechtssprechung des Reichsgerichts und den anläßlich der Kritik zutage getretenen Ansichten des Schrifttums entwickelte sich die auch in der Praxis des Reichsgerichts niedergelegte Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, wie sie von Schwankungen abgesehen, auch heute noch im wesentlichen vertreten wird.

a) Hatte das Reichsgericht früher stets nur diejenigen Fälle mit Hilfe der culpa in contrahendo gelöst, in denen es auf Grund der Vorverhandlungen zu einem Vertragsschluß gekommen war und nur in diesen Fällen einen Schadensersatzanspruch zuerkannt, so entwickelte es jetzt die angewandten Grundsätze dahin, daß es auch bei nichtzustandegekommenen Verträgen die Anwendbarkeit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß bejahte.

Es handelte sich dabei um Fälle, in denen beide Parteien glaubten oder jedenfalls eine Partei annehmen durfte, daß der Vertrag äußerlich gültig geschlossen sei, während er es in Wirklichkeit nicht war.

Bahnbrechend dafür war die Entscheidung des Reichsgerichts im 104. Band, Seite 276. Der Sachverhalt war folgender: Die Parteien hatten telegraphisch ein Kaufgeschäft geschlossen, die Telegramme aber so knapp und unklar gefaßt, daß es sich nicht mehr feststellen ließ, wer Käufer und wer Verkäufer sein sollte. Später stellte es sich heraus, daß beide Teile hatten verkaufen wollen und demgemäß die Gegenseite als Käufer angesehen hatten. Die Klägerin ließ die Ware versteigern, da die Beklagte Abnahme und Zahlung verweigerte. Der Unterschied zwischen dem nach ihrer Meinung vereinbarten Kaufpreise und dem Versteigerungserlös forderte sie als Schadensersatz. Das Reichsgericht stellte in diesem Falle fest, daß beide Parteien durch ihre mißverständliche Ausdrucksweise den Schaden bewirkt hätten und entschied dahin, daß beide zur gemeinschaftlichen Tragung des Schadens verpflichtet seien. Die Höhe machte es von dem Grade des Verschuldens abhängig.

Damit war ausgesprochen, daß die Parteien für das Verschulden beim Vertragsschluß (hier die mißverständliche Ausdrucksweise) zu haften hätten, obwohl der Vertrag durch den Dissens in den Erklärungen der Parteien nicht zustande gekommen war.

In konstruktiver Beziehung seiner Lehre führt das Reichsgericht gegenüber den älteren Erkenntnissen im wesentlichen keine neuen Geesichtspunkte an. Es stützt seine Ansicht durch

Analogienachweise und führt aus, daß der in den §§ 122, 179, 307, 309, 663 BGB. zum Ausdruck gekommene Gedanke, demzufolge auch bei nichtigen Verträgen eine Schadensersatzpflicht statuiert sei, ausdehnend interpretiert werden müsse. Die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts hebt insbesondere den Grundgedanken des § 122 BGB. hervor. Danach entspreche es der Billigkeit, dem Erklärenden als demjenigen, der den Anlaß zu dem Rechtsgeschäft gegeben habe, die Verpflichtung zum Schadensersatz aufzuerlegen, wenn ein Dritter, der z. B. den Mangel der Ernstlichkeit nicht gekannt habe, noch habe kennen müssen, im Vertrauen auf die Willenswirklichkeit der Erklärung zu Schaden gekommen sei. Die gleichen Gründe, Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssitte, rechtfertigten es, demjenigen, der sich fahrlässigerweise derartig ausdrückt, daß er bei der Gegenpartei ein Mißverständnis hervorrufe, mit der Haftung für die daraus entstehenden Schadensersatzfolgen zu belasten.

Nach den gleichen Grundsätzen entschied das Reichsgericht einen weiteren Fall, in welchem es sich darum handelte, ob auch da, wo ein Vertrag wegen eines Formmangels nichtig ist, gegen denjenigen, der die Formbedürftigkeit gekannt habe und sich nun auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe, ein Schadensersatzanspruch gegeben sei.[59])

b) aa) Die geschilderte Rechtssprechung des Reichsgerichts, fand nunmehr auch bei vielen Schriftstellern Zustimmung.[60])

bb) Auf der anderen Seite wurde sie aber teils im Ergebnis, teils in der Begründung bekämpft.

Levy[61]) wandte im Anschluß an frühere Darlegungen von Tuhrs[62]) gegen die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 122 BGB. ein, daß die Ersatzpflicht hier ein Korrelat der Anfechtung, keine Folge des Irrtums sei, was schon daraus hervorgehe, daß der Schaden nicht durch die unrichtige Erklärung verursacht sei, sondern durch die Anfechtung der Erklärung. Denn ohne Anfechtung müsse die Erklärung so gelten, wie sie gelautet habe und dann wäre aus dem Irrtum für den Gegner kein Schaden entstanden, sondern höchstens für den Erklärenden.

Dagegen führten die Vertreter der Reichsgerichtstheorie[63]) an, daß es ja keine Anfechtung ohne Irrtum gebe. Die Ursache, besser der Erkenntnisgrund, dafür, daß der Vertrag mit einem

---

[58]) GRZ. 107, 375. RG. JW. 1932, 2152.

[60]) Staudinger-Werner, § 276, 2; von Tuhr,, ArchZivPrax. 121, 259; Titze, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 521. Stoll, Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ. 1923, 532.

[61]) Levy, JW. 1922, 1313, Note 2a.

[62]) von Tuhr II, 1, S. 594.

[63]) Stoll, a. a. O., Anm. 7; Steinberg, S. 21; Raiser, S. 25.

Mangel behaftet sei, beruhe in der Fehlerhaftigkeit der Erklärung, so daß es willkürlich erscheine, die Kausalität erst mit der Geltendmachung des Fehlers beginnen zu lassen.

Einen weiteren Einwand Levy's, daß § 122 BGB. ebenso wie § 179 BGB. nicht in den hier fraglichen Zusammenhang gehöre, weil die Ersatzpflicht nach den §§ 122, 179 BGB. kein Verschulden voraussetze, man also auch nicht von einer culpa in contrahendo sprechen könne, begegnet Stoll[64]) mit folgender Argumentation: Es sei zunächst einmal zu prüfen, ob für eine Partei überhaupt aus vorvertraglichem Verschulden eine Verpflichtung erwachsen könne. Eine sekundäre Frage sei es, ob man eine Haftung aus dem Gesichtspunkt des „Veranlassungsprinzips" oder des „Verschuldensprinzips" bejahe. Da nun jedenfalls die §§ 122, 179 BGB. ein Verhalten vor Vertragsschluß behandeln, rechtfertige sich eine extensive Interpretation.

Dagegen schließlich, daß sich aus den vom Reichsgericht angeführten Gesetzesbestimmungen ein allgemeines Prinzip ableiten lasse, spricht sich Oertmann[65]) aus. Er meint, beim Dissens fehle es überhaupt an einem genügenden rechtsgeschäftlichen Tatbestand. Bei den § 122, 179, 307 BGB. handle es sich stets um zwei inhaltlich übereinstimmende Erklärungen. Es fehle hier nicht der objektive Tatbestand, sondern bei § 119 BGB. z. B. ein der äußeren Erscheinung entsprechender Wille oder bei § 307 BGB. die Möglichkeit der vereinbarten Leistung. Infolgedessen will Oertmann auch eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei Nichtzustandekommen des Vertrages ablehnen, mag auch ein rechtspolitisches Interesse für eine solche Haftung sprechen.

cc) Der Grundgedanke, der die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auch bei nicht zustandegekommenen Verträgen, von den Parteien aber für wirksam gehaltenen Verträgen rechtfertigt, paßt nun nicht nur für die vom Reichsgericht entschiedenen Einzelfälle, sondern läßt sich auch für andere Tatbestände verwerten. So werden denn auch im Schrifttum anders gelagerte, aber den Reichsgerichtsentscheidungen innerlich verwandte Fälle erörtert.

Titze will den Gedanken der culpa in contrahendo in den Fällen anwenden, wo ein Vertrag wegen fehlender oder überschrittener Vollmacht des für die Partei handelnden Stellvertreters nichtig ist; demgemäß will er eine Klage gegen den Vertretenen geben, wenn dieser an der Vollmachtsüberschreitung schuld sei. Als Beispiel[66]) führt er folgenden Fall an: X. schickt

---

[64]) Stoll, a. a. O., Anm. 3.
[65]) Oertmann, ArchZivPrax. 121, 126.
[66]) Titze, S. 522. Vgl. Lenel, Fall 160.

seinen Verwalter zu Y., um von ihm die „Auwiese" zu erstehen; der Verwalter mißversteht infolge Schwerhörigkeit seinen Auftraggeber und kauft in dessen Namen die „Sauwiese", die der Vertretene nicht haben wollte und deren Ankauf er darum nicht genehmigte. Titze findet das Verschulden beim Vertragsschluß hier darin, daß X. einen schwerhörigen Unterhändler geschickt habe, ohne sich darüber zu vergewissern, ob sein Auftrag richtig verstanden worden sei.[67])

Hingegen wird mit Titze[68]) allgemein ein Ersatzanspruch wegen Verschulden beim Vertragsschluß da abgelehnt, wo der Vertragsschluß wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit einer Partei unwirksam sei. Es handelt sich hier insbesondere um die Haftung von Minderjährigen, die bei Eingehung der Vertragsverhandlungen den Gegner schuldhaft über ihre beschränkte Geschäftsfähigkeit im Dunkeln gelassen haben. Als Begründung dieser Entscheidung wird zutreffend angeführt, daß der Gesetzgeber den Minderjährigen als beschränkt Geschäftsfähigen gegen die Folgen seines Handelns unbedingt schützen wollte und die Interessen seiner Gegner in den §§ 108/9 BGB. erschöpfend berücksichtigt habe.

5. Die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß auch bei äußerlich nicht zustandegekommenen Verträgen.

In neuerer Zeit ist versucht worden, außer den Fällen des gültigen und ungültigen Vertrages auf dem Wege über die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß einen Ersatzanspruch zu gewähren für solche Schäden, die bei Verhandlungen eintreten, die überhaupt zu keinem Vertragsschluß, nicht einmal einem äußerlichen geführt haben. Den Ausgangspunkt nimmt diese Entwicklung von der im Schrifttum späterhin viel umstrittenen Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 78, S. 230. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Frau hatte sich in einem Geschäft zwecks Kauf eines Teppichs von einem Angestellten mehrere Rollen Teppiche zur Besichtigung vorlegen lassen. Eine Rolle, die der Angestellte fahrlässiger Weise schlecht aufgestellt hatte, fiel um und verletzte die Käuferin. Es fragte sich, ob der Geschäftsinhaber aus § 278 BGB. haftbar gemacht werden konnte oder nur aus § 831 BGB., in welchem Falle sich der Geschäftsinhaber im Gegensatz zu § 278 BGB. durch Exkulpationsbeweis von der Haftung hätte befreien können.

---

[67]) Zu beachten ist also, daß der Fall nicht unter Zugrundelegung der §§ 119, 177 BGB. gelöst werden kann.

[68]) Titze, S. 522; von Tuhr II 1, S. 490, Anm. 201.

Das Reichsgericht bejahte hier eine Haftung des Geschäftsinhabers aus § 278 BGB. Als Begründung führte es aus, daß schon durch Antrag auf Vorlegung eines Teppichs und durch Annahme dieses Antrags zum Zwecke der Hervorbringung eines Kaufes ein dem Kauf „vorbereitetes Rechtsverhältnis" zwischen den Parteien entstanden sei, welches vertragsähnlichen Charakter trage und insofern auch rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugen könne.

Dagegen sah das Reichsgericht[69]) nur den Tatbestand einer unerlaubten Handlung als gegeben an, wo ein Besucher eines Warenhauses durch einen von der Galerie herabfallenden Gegenstand verletzt worden war. Das Reichsgericht erkennt daher einen allgemeinen Satz des Inhalts: „Wer im Hause ein Gewerbe betreibt, das den Eintritt von Käufern mit sich bringt, hat kraft Vertrages den kaufenden Personen für eine die Sicherheit nicht gefährdende Beschaffenheit der Räumlichkeiten einzustehen" nicht an.

a) Beide Entscheidungen sind für die ganze Streitfrage von grundlegender Bedeutung. Das hat man allgemein anerkannt, indem man Natur und Wesen des vom Reichsgericht konstruierten „vorbereitenden Rechtsverhältnisses" näher zu analysieren suchte. Zunächst vertritt Siber[70]) die Ansicht, daß Pflichten zur Erhaltung der persönlichen Sicherheit für sich allein Inhalt eines „namenlosen Schuldverhältnisses" sehr wohl sein könnten. Es handle sich im Warenhausfall um einen Antrag des Warenhausbesitzers an unbestimmte Personen, der gemäß § 151 BGB. von den Besuchern angenommen wäre.

Andere Schriftsteller[71]) konstruieren in den fraglichen Fällen ein einseitiges Schuldverhältnis, das durch die in dem Eintritt liegende Willenserklärung des Gastes, daß er sich im Wirtshaus aufhalten und essen wolle, zustandekomme. Eine zu einem Vertrag erforderliche Zustimmung des Wirtes erübrige sich hierbei. Diese Schriftsteller nehmen hier, ebenso wie Siber, eine Haftung nur für Schäden des kauflustigen Publikums an, während sie für ungebetene Besucher, z. B. für Bettler oder unberufene Personen, auch eine deliktische Haftung befürworten.

b) Die Gruppe von Fällen, in denen ein Schadensersatzanspruch zu gewähren sei, wenn bei Verhandlungen, ohne daß es überhaupt zum Abschluß eines Vertrages kommt, ein Schaden eintritt, faßt Stoll unter dem Titel „Haftung für Verschulden vor Vertragsschluß" zusammen. Die Fälle, die Stoll in diese Gruppe

---

[69]) RG. JW. 1913, 23; RGZ. 74, 124.
[70]) Planck-Siber vor § 275 I, 4 c.
[71]) Fürst LZ. 1910, 179; Ostwald, S. 149.
[72]) Stoll, S. 533.

einreiht, entlehnt er vorwiegend den Reichsgerichtsentscheidungen, in denen äußerlich unter die Begriffsbestimmung Stolls fallende Tatbestände — ohne Hinweis auf die Haftungsgrundlage der culpa in contrahendo — entschieden waren.

Stoll[73]) will diese Fälle, die, wie aus den angeführten Entscheidungen ersichtlich, vom Reichsgericht nicht einheitlich entschieden wurden, durchweg als innerlich zusammengehörend zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß rechnen.

Auch andere Fälle, bei denen der Schaden nicht in der Verletzung der persönlichen Unversehrtheit, sondern in der Beeinträchtigung des Vermögens des Gegners liegt, gehören nach Stolls Ansicht hierher. In diesem Sinne will er anscheinend[74]) auch folgenden — aber vom Reichsgericht[75]) in entgegengesetzten Sinne beurteilten — Fall entschieden wissen. Der Eigentümer will sein mit der ersten Hypothek der A-Bank belastetes Grundstück verkaufen. Der Bewerber verlangt dreijährige Verlängerung der Hypothek, während die Bank nur zu einjähriger Verlängerung bereit ist. Der Eigentümer, der die Kosten scheut, wendet ein, daß er Schaden haben werde, wenn er sich binde, und ihm dann das Grundstück doch nicht abgenommen werde. Darauf erwidert der Bewerber, er wolle das Grundstück ernstlich kaufen. Er kaufte das Grundstück dann doch nicht. Der Eigentümer verlangt jetzt Ersatz für die Kosten der Hypothekenverlängerung.[76])

Das Gemeinsame an diesen Fällen findet Stoll darin, daß schon während der Vorbereitung zu einem beabsichtigten Vertragsabschluß die eine Partei durch das Verhalten der anderen Partei insofern geschädigt werde, als es später nicht zu dem beabsichtigten Vertragsabschluß kommt und die Schädigung nicht erst durch Scheitern eines gültigen Vertrages herbeigeführt wird (wie z. B. in dem vom Reichsgericht entschiedenen Dissensfall).[77])

Titze[78]) will nun von dieser von Stoll umschriebenen Gruppe, als deren charakteristisches Merkmal Titze das Scheitern der Vertragsverhandlungen ansieht, die erwähnten Warenhausfälle ausnehmen. Er meint, das fragliche Verschulden sei nur anläßlich der Vertragsverhandlungen beobachtet, beziehe sich aber

---

[73]) Stoll, S. 535/6.

[74]) Das kann man aus den Worten Stolls entnehmen: „kraß mutet eine Reichsgerichtsentscheidung an." (S. 535).

[75]) RG. LZ. 1910, 80.

[76]) Es bleibt hier außer Betracht, inwiefern eine Haftung nach § 826 BGB. in Frage steht.

[77]) cf. S. 22 des Textes.

[78]) Titze, S. 517 und JW. 1931, 512.

nicht auf den künftigen Vertragsschluß, vielmehr auf Dinge, die gerade mit dem beabsichtigten Vertragsschluß nichts zu tun hätten. Der entstandene Schaden treffe daher den Geschädigten nicht „in seiner Eigenschaft als Vertragsgegner". Titze gibt demgemäß in diesen Fällen nur einen deliktischen Ersatzanspruch.[79])

d) Für den Fall, daß es sich um vermögensrechtliche Schädigung während der Vertragsverhandlungen zu einem später gescheiterten Vertrage handelt, stellt Titze[80]) im Rahmen der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß den Fall zur Diskussion, daß durch Verschulden des Offerenten während der Gebundenheitsfrist der angebotene Gegenstand untergeht. Das erscheint nicht bedenkenfrei. Wenn der Offerent eine Offerte etwa zwecks Verkaufs eines Gegenstandes abgibt, so ist er ja schon nach der Regelung des BGB. über die bindende Kraft der Offerte[81]) in bestimmter Weise gebunden, wodurch, wie von Tuhr[82]) mit Recht sagt, ein entsprechendes „Gestaltungsrecht" des Gegners entsteht. Dieses Recht darf der Offerent nicht willkürlich verletzen. Das tut er aber, wenn er seine Leistung, die er durch seine Kundgebung angeboten hatte, unmöglich macht. Ein solches Verhalten widerspricht dem Sinn der verbindlichen Kraft der Offerte, die besagen will, daß man das einmal durch Abgabe der Offerte geschaffene Gestaltungsrecht des Gegners nicht verletzen darf. Der Offerent macht sich im vorliegenden Falle also deshalb schadensersatzpflichtig, weil er ein schon bestehendes Recht eines anderen verletzt. Es bedarf daher nicht mehr zur Entscheidung des Falles des Gesichtspunktes einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß; denn es besteht schon ein selbständiger Verpflichtungsgrund.

Dagegen wird man einen anderen von Titze[83]) gestellten Fall mit Hilfe der culpa in contrahendo lösen können: Der Offerent bestimmt durch unrichtige Angaben, die er im Laufe der Verhandlungen macht, den Gegner zur Ablehnung eines für diesen vorteilhaften Angebots eines Dritten, ohne daß es später zum Vertrage zwischen den Parteien kommt. Auch hier ist schon eine gewisse Bindung des einen Teils eingetreten, weil er eine Offerte gemacht hat. Jedoch widerspricht der Umstand, daß er unrichtige Angaben macht, die nur den anderen bestimmen, ein drittes Vertragsangebot auszuschlagen, nicht dem Sinn der Bindung durch eine abgegebene Offerte. Der Offerent verletzt hier nicht gerade das spezifische Gestaltungsrecht des Gegners, das

[79]) So auch Staudinger-Werner, § 276 II.
[80]) Titze, JW. 1931, 513.
[81]) Enneccerus I 1, § 152 III.
[82]) von Tuhr II, S. 486.
[83]) Zitze, JW. 1931, 513.

durch die Offerte entstanden ist. Deshalb handelt es sich hier um ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, für das der schuldige Teil eintreten muß.

III. Konstruktive Begründung der Lehre in der neuesten Zeit.

Die Einwände, die gegen die Entscheidungen des Reichsgerichts, insbesondere gegen seine Annahme eines aus den §§ 122, 179, 307 BGB. entwickelten allgemeinen Rechtsgedankens, vorgebracht worden waren, haben seine Rechtssprechung in der Folgezeit nicht beeinflußt. Vielmehr stellt es noch in letzter Zeit stets zustandegekommene und nicht zustandegekommenen Verträge im Hinblick auf die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß völlig gleich. So hat das Reichsgericht sogar in einem Falle, wo eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei später zustandegekommenem Vertrage zur Entscheidung stand, ausdrücklich hervorgehoben, daß auch bei nichtigen Verträgen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß eintreten müsse.[84])

1. Auch seine Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß hat das Reichsgericht weiter zu vertiefen gesucht. Seine Konstruktion ist jetzt folgende: Es nimmt das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses an, das aus den Vertragsverhandlungen erwachse und den Beteiligten nach Treu und Glauben Pflichten auferlege, deren Verletzung schadensersatzpflichtig mache.[85]) In einem anderen Fall[86]) spricht es von einem „vertragsähnlichen Verhältnis"; dieses verpflichte die Parteien zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, insbesondere zur Offenbarung solcher Tatsachen, die zur Entschließung des anderen erkennbar von Bedeutung sein könnten.

Das Reichsgericht bejaht also jetzt das Vorliegen einer Offenbarungspflicht, das es in seinen früheren Entscheidungen[87]) — jedenfalls im allgemeinen — abgelehnt hatte und nur dann annehmen wollte, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bestehe.

Ähnlich wie das Reichsgericht jetzt hatte schon vorher von Tuhr[88]) ein „Rechtsverhältnis mit eigenartigen Wirkungen" angenommen.

---

[84]) RGZ. 114, 159.
[85]) RGZ. 114, 159.
[86]) RGZ. 120, 249.
[87]) RG. LZ. 1925, 706.
[88]) Vgl. von Tuhr auf S. 21 des Textes.

2. Diese Art der Begründung einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß wurde von Stoll für unzureichend gehalten. Er wendet sich einmal gegen die früheren Reichsgerichtsentscheidungen, die sich nur auf „bona fides" berufen hätten, ohne ein Rechtsverhältnis nachzuweisen, zu dessen Auslegung allein die Grundsätze von Treu und Glauben Anwendung finden könnten.[89])

Die weitere Kritik Stolls richtet sich dagegen, daß das Reichsgericht nicht angebe, woher das von ihm angenommene Rechtsverhältnis oder vertragsähnliche Vertrauensverhältnis stamme.[90]) Stoll erblickt in dem Aufbau der Reichsgerichtslehre eine Lücke, die er dadurch ausfüllen will, daß er selbst das seiner Ansicht nach fehlende Rechtsverhältnis und seine Grundlage näher umschreibt. Seine Gedankengänge sind etwa folgende: An von Tuhr anknüpfend bezeichnet er dieses Rechtsverhältnis als ein „Schuldverhältnis", da es die Parteien gegenseitig zu Handlungen und Unterlassungen verpflichte. Zustande komme dieses Rechtsverhältnis durch besonderes Vertragsangebot, durch die „Aufforderung zum Eintritt in die Vorverhandlungen"[91]) oder wie Stoll später einmal sagt, „allein durch die Tatsache des Eintritts in die Vertragsverhandlungen, ohne daß es einer besonderen Erklärung bedürfe[92])".

Jedenfalls nimmt Stoll als Verpflichtungsgrund ein einseitiges Schuldverhältnis an, welches er vom nachfolgenden Vertrag vollständig unabhängig macht. Kommt es später zu einem Vertrage, so gewinnt Stoll die Verbindung zwischen dem Schuldverhältnis der Vorverhandlungen und dem Vertrage dadurch, daß er ein allgemeines Schuldverhältnis als Organismus konstruiert, welches seine Erscheinungsform beliebig wechseln könne. Unter Schuldverhältnis als Organismus versteht er „die Grundlage für die gesamten Beziehungen zwischen den Parteien."[93]) Auf Grund seiner Betrachtungen kommt Stoll dazu, das Problem nicht mehr als Verschulden beim „Vertragsschluß" zu bezeichnen, sondern als Verschulden „während der Vertragsverhandlungen." Stoll verselbständigt damit das Stadium der Vorverhandlungen vollkommen gegenüber dem Hauptvertrage selbst.

3. Dieser Lehre Stolls, der die fraglichen Anzeige — und Erkundigungspflichten aus dem besonderen Schuldverhältnis der Vorverhandlungen herleiten will, wurde vorgeworfen, daß sie denselben logischen Fehler begehe, den früher Leonhard und das

[89]) Stoll, JW. 1928, 1285, Anm. 3.
[90]) Stoll, a. a. O., S. 540.
[91]) Stoll, a. a. O., S. 544.
[92]) Stoll, JW. 1928, 1285, Anm. 3.
[93]) Stoll, a. a. O., Anm. 20.

Reichsgericht gemacht hätte, als sie die fraglichen vorvertraglichen Pflichten rückwirkend aus dem Vertrage herleiteten.

Heldrich[94]) insbesondere führt folgendes Beispiel gegen Stolls Lehre an: Jemand schickt einem anderen eine Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit mit der Bitte um Aufbewahrung ins Haus; der andere lehnt die Verwahrung ab, erleidet aber, noch ehe die Sache sein Haus wieder verläßt, durch ihre Beschaffenheit einen Schaden. Kommt nach Stolls Ansicht das fragliche Schuldverhältnis, aus dem ja erst die Pflichten entstehen sollen, erst mit dem Vertragsangebot zu stande, so würde, worauf Heldrich hinweist, der Antragende überhaupt nicht haften, da er im Augenblick des Zugangs überhaupt keine Möglichkeit mehr hätte, seine Verpflichtungen zu erfüllen.

Herholz[95]) meint deshalb, daß auch Stolls Schuldverhältnis als Organismus noch Pflichten vorgelagert seien, die er aus diesem Schuldverhältnis entnehmen wolle. Auch Raiser[96]) entgeht nicht, wie Herholz hervorhebt, diesem Einwand, wenn er sagt: „In dem Augenblick des Eingriffs mußt du diese oder jene Erkundigung oder Überlegung angestellt haben." Danach wäre die Offerte der Eingriff in schutzwürdige Interessen und würde rückwirkend Pflichten begründen.

Um dem erwähnten Einwand zu entgehen, nimmt Heldrich[97]) daher an, die Sorgfaltspflichten müßten schon in dem Augenblick entstehen, in dem der Antragssteller entschlossen sei, an den anderen Teil zum Zwecke des Vertrages heranzutreten. Heldrich stellt es also ganz auf den inneren Willen und Entschluß der Parteien ab.

Ganz abweichend von dem vorher Ausgeführten nimmt Herholz an,[98]) daß es Erkundigungspflichten überhaupt nicht gäbe. Niemand sei z. B. verpflichtet, Scherzerklärungen zu unterlassen. Ebenso brauche sich der Offerent nicht zu erkundigen, ob die betreffende Leistung unmöglich sei. Vielmehr sei im ersten Falle der Erklärende erst nach der Erklärung verpflichtet, eine aufklärende Mitteilung folgen zu lassen. Und derjenige, der einen Vertrag über eine unmögliche Leistung geschlossen habe, hafte nicht, weil er auch in diesem Fall die Nichtigkeit gekannt hätte. Denn die Haftung folge erst daraus, daß er dem anderen keine Kenntnis gegeben habe, nicht aber, weil er die Nichtigkeit gekannt habe oder habe kennen müssen. Demgemäß kommt Herholz zu dem Resultat, daß es keine Erkundigungs-, sondern nur

---

[94]) Heldrich, S. 54.
[95]) Herholz, S. 285.
[96]) Raiser, S. 25.
[97]) Heldrich, S. 25.
[98]) Herholz, S. 285 ff.

Kundmachungspflichten geben könne, und zwar begründe die Eröffnung einer Beziehung zu einem anderen die Pflicht, zur Kundmachung von Bedenken. Herholz nimmt an, daß mit der Eröffnung einer solchen Beziehung ein „Rahmen" entstehe, aus dem er dann die fraglichen Kundmachungspflichten herleiten will. In diesem Zusammenhang spricht Herholz von einem „Schuldverhältnis als konstanter Rahemnbeziehung."

4. Hildebrandt[99]) hat ein umfassendes Werk über das uns hier beschäftigende Problem verfaßt. Der wesentliche Teil seiner Arbeit ist die Entwicklung, die er im zweiten Titel des zweiten Teils unter der Überschrift: Rechtsgrund der Haftung darstellt.[100])

Die Lösung des Problems erblickt Hildebrandt in einer Synthese der Rechtsergänzung. Er geht vom Dogma von der logischen Geschlossenheit des Rechts und von der bekannten Wahrheit aus, daß das im Gesetz geformte Recht nicht auf jede Frage eine Antwort zu geben vermag. Da nun die im Gesetz nicht geregelten Fälle im Einzelfall nicht weniger rechtsschutzbedürftig und rechtsschutzwürdig sind, als die im Gesetz geregelten Tatbestände, wäre es Aufgabe der Jurisprudenz, die Gesetzeslücken festzustellen und zu ergänzen. So gelangt er zu der Statuierung seiner These: Ergänzung des Gesetzes im Geiste desselben, d. h. in möglichster Anlehnung an dasselbe unter Verwertung des bereits geprägten Rechts.[101])

„Der Richter hat die Gesetzeslücken so auszufüllen, wie sie der Gesetzgeber bei Kenntnis des Tatbestandes und der heutigen Rechtsbedürfnisse vermutlich ausgefüllt haben würde." Voraussetzung für die Notwendigkeit einer solchen Ergänzung sei das Vorliegen einer Ergänzungsbedürftigkeit und Ergänzungsfähigkeit des Gesetzes. Diese beiden Voraussetzungen bejaht Hildebrandt, erstere, d. h. die Ergänzungsbedürftigkeit, weil das gegenwärtig herrschende Rechtsempfinden der Rechtsgenossen „durch die Ablehnung gröblich verletzt werden würde"; die Ergänzungsfähigkeit bejaht er, weil der im Gesetz, wenn auch nur unvollkommen erklärte Wille des Gesetzgebers die Ergänzung der Lücke durch Richter und Wissenschaft keineswegs ablehne.[102]) In diesem Sinne gibt es kein jus contra legem — lex = Gesetzesinhalt, nicht Gesetzeswortlaut. Die so geschaffene Ergänzung schaffe dann nicht etwa Recht, sondern finde lediglich das schon geschaffene Recht auf.[103])

[99]) Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts.
[100]) a. a. O., § 5 und § 11.
[101]) Hildebrandt, S. 120.
[102]) Hildebrandt, S. 119.
[103]) Hildebrandt, S. 120.

5. Franz Leonhard steht der Entwicklung, die die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß im Laufe der Zeit gemacht hat, stark ablehnend gegenüber. Er sieht in der Anerkennung der neuen Lehre, nach der Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch ohne gültigen Vertragsschluß zum Ersatz verpflichtet, eine Gefahr. Leonhard[104]) lehnt mit den verschiedensten Begründungen, die sich im wesentlichen auf seine grundlegende Arbeit über das Verschulden beim Vertragsschluß stützen, die einzelnen Ansichten der Gegner ab. Sein Argument besteht darin, daß die Vertragspflichten der Parteien nicht erst bei Erfüllung, sondern schon bei den Verhandlungen beginnen. Dies folge mit Sicherheit daraus, daß jetzt schon eine Haftung für Arglist bestehe.[105]) Diese Verpflichtung sei daher eine vertragliche, nicht etwa eine solche aus unerlaubter Handlung.

6. Jung[106]) begnügt sich im wesentlichen mit der Feststellung, daß das Verschulden beim Vertragsschluß aus der Vorschrift des § 276 BGB. zu erklären sei, d. h. als Haftung wegen Schlechterfüllung und was ihm gleich gilt, als positive Vertragsverletzung. Jung konstruiert die Haftung so: Tatsächlich handelt es sich um eine außervertragliche Schadensersatzpflicht wegen fahrlässiger Schädigung eines anderen, und zwar bloßer Vermögensschädigung, ohne daß ein verletztes Recht oder Rechtsgut feststellbar wäre. Jung erkennt also in diesen Fällen der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, sofern ein Vertrag nicht zustandekommt, einen Fall außervertraglichen Verschuldens als vorliegend an und vertritt die Auffassung, daß es sich hierbei um eine „selbständige Rechtsfigur zwischen Delikts- und Vertragsansprüchen handle."[107])

7. Sodann ist noch auf die Auffassung einzugehen, die Kreß in seinem Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts entwickelt. Er entwickelt die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus dem unentwickelten Anspruch, den er im Anschluß an die Lehre von Schuld und Haftung behandelt.[108]) Folgendes mag hinsichtlich dieses Begriffes zur Klarstellung dienen. Der unentwickelte Anspruch ist zum Schutze, nicht zur Bewegung der Güter bestimmt. Er ist auf ein der Verletzung der Güter vorbeugendes Verhalten, also auf Vorbeugung, nicht auf Leistung (Verschaffung eines Gutes) gerichtet; der absolut unentwickelte Schutzanspruch geht gegen jedermann, der relativ unentwickelte Schutzanspruch nur gegen den durch das Schuldverhältnis

---

[104]) Leonhard, S. 555/6. Vgl. S. 15 des Textes.
[105]) Leonhard, S. 545.
[106]) Jung, S. 724.
[107]) Jung, S. 728.
[108]) Kreß, § 23.

bestimmten Schuldner.[109]) Nach Kreß ist also der entwickelte Schutzanspruch vornehmlich dazu da, die Wiedergutmachung des eingetretenen Rechtsnachteils, insbesondere eines Schadens, herbeizuführen. Diese entwickelten Schutzansprüche stehen neben den im Dienste der Güterbewegung stehenden Ansprüchen auf Leistung. Ziel dieser Ansprüche ist die Befriedigung und Erfüllung des begehrten Rechtserfolges. Im scharfen Gegensatz zu diesen Ansprüchen ist das Ziel der unentwickelten Schutzansprüche nicht Gütermehrung, sondern „Abwendung der Verletzung schon erworbener Güter, also Vorbeugung."[110]) Im Rahmen eines so aufzufassenden unentwickelten Schutzanspruchs bildet sich nach Kreß[111]) eine Haftung für pflichtwidriges Verhalten der Beteiligten im Stadium der Vertragsverhandlungen. Er zählt dann die bekannten Haftungsfälle im einzelnen auf und begnügt sich schließlich mit der Erklärung, daß die rechtliche Grundlage dieser Schutzverpflichtung unklar sei.[112]) „Die gesetzlichen Einzelbestimmungen sind wohl auf manche ähnliche Fälle analog anwendbar, ein allgemeiner Rechtssatz aber, wonach jeder Vertragsteil dem anderen Teil für schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen einzustehen hätte, kann nicht anerkannt werden. Soweit die Gesetzesanalogie versagt, müssen die Schutzverpflichtungen für den Einzelfall durch ergänzende Auslegung festgestellt werden."

---

[109]) Kreß, S. 578/9; vgl. S. 5, wo der unentwickelte Schutzanspruch im einzelnen genau gekennzeichnet wird.

[110]) Kreß, S. 6.

[111]) Kreß, S. 583.

[112]) Kreß, S. 584.

C. Einzelheiten der Haftung.

Es bleibt nunmehr noch übrig, Einzelheiten der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß insoweit zu erörtern, als dies für die grundsätzliche Betrachtung dieses Rechtsgebildes von Wichtigkeit ist.

I. Ist die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß Verschuldens- oder Verursachungshaftung?

Wir beginnen zunächst mit der Untersuchung, ob es sich um einen Fall der Verschuldens- oder der Verursachungshaftung handelt. Hier ist folgendes zu sagen:

Bei der Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß begnügte man sich früher in der Hauptsache damit, die Haftung für culpa in contrahendo und ihre Begründung als solche zu erläutern. Die Frage, ob eine Haftung für culpa, also Verschulden im technischen Sinne, in contrahendo anzunehmen sei oder ob auch unter Umständen eine Verursachungshaftung in contrahendo anerkannt werden müsse, wurde zunächst wenig erörtert.

1. Zum ersten Male bejahte Kulenbeck[113]) diese Frage. Er vertrat die Ansicht, daß insbesondere der in § 122 BGB. zum Ausdruck kommende Gedanke neben den §§ 179, 307 BGB. erweiternd ausgelegt werden müsse. Daraus folgerte er, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig sei, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger ohne Vorliegen jeglicher Schuld einen Anspruch auf das negative Interesse geltend machen könne, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder hätte kennen müssen.

In diesem Sinne wollte Kuhlenbeck auch folgenden Fall gelöst wissen: Ein Pfarrer hatte brieflich bei einem Schneider einen Anzug bestellt; kurz darauf, nachdem der Schneider den Brief gelesen hatte, stirbt der Pfarrer. Ohne etwas davon zu

[113]) Kuhlenbeck, DJZ. 1905, 1142.

wissen, hatte der Schneider am nächsten Morgen den Auftrag weiter gegeben.

Diese Ansicht Kuhlenbecks wurde zuerst ganz allgemein abgelehnt. Man wies darauf hin, daß der die gesetzgeberischen Regelungen in den §§ 122, 179 BGB. einerseits und in den §§ 307, 309 BGB. andererseits rechtfertigende Grund vollständig verschieden sei, weshalb die Anerkennung eines allgemeinen Prinzips abzulehnen sei.[114])

Ferner wurde gegen Kuhlenbecks Lehre angeführt, daß der Gesetzgeber nur in einzelnen Fällen von dem in § 276 BGB. als Regel aufgestellten Verschuldensprinzip zugunsten des Verursachungsprinzips abgewichen sei, wie eben in den §§ 122, 179 BGB. eine analoge Anwendung der in diesen Vorschriften niedergelegten Ausnahmen sei deshalb nicht angängig.[115])

2. Auch das Reichsgericht warf diese Frage erst verhältnismäßig spät auf. In dem von ihm entschiedenen Dissensfall im 104. Bande, Seite 276, ließ es noch dahingestellt, ob eine Haftung für Verschulden beim Vertagsschluß auch dann anzuerkennen sei, wenn an den mißverständlich abgegebenen Erklärungen die Parteien keine Schuld treffe. In einer späteren Entscheidung[116]) bejahte es eine Haftung für „culpa" in contrahendo, wie sich das Reichsgericht ausdrückte, unabhängig vom Vorliegen eines subjektiven Verschuldens. Es handelte sich dort um die Frage, ob § 179 Abs. 2 BGB. analog anwendbar sei, wenn ein Liquidator einer Gesellschaft für diese einen Vertrag abschließe, der die Gesellschaft nicht verpflichten könne. Ebenso will das Reichsgericht den Fall behandelt wissen, daß jemand als Vertreter einer nicht existierenden Person auftritt. Den gemeinsamen Rechtsgedanken findet das Reichsgericht in folgendem: Wenn jemand im rechtsgeschäftlichen Verkehr als Vertreter eines anderen einem Dritten gegenüber trete und Beziehungen zu dem anderen kundgebe, dann werde auf Grund dieser Beziehungen in dem Dritten das Vertrauen erweckt, daß durch den Abschluß mit dem Vertreter das Geschäft mit dem Vertretenen wirksam werde. Wenn dann dieses Vertrauen getäuscht werde, so müsse der angebliche Vertreter wegen der durch sein Auftreten entstandenen Gefährdung des Dritten diesem haftbar sein.

3. Titze[117]) will den in den §§ 122, 179 BGB. ausgesprochenen Gedanken einer Verursachungshaftung in contrahendo auch auf Fälle eines Vertrages ausdehnen, der mit einem wegen Trunken-

---

[114]) Klein, S. 143.

[115]) Planck-Strohal, § 133, 2; Stoll, JW. 27, 2118, Anm. 8; Steinberg, Seite 95.

[116]) RGZ. 106, 68.

[117]) Titze, S. 522, 523.

heit geschäftsunfähigen Partner geschlossen und daher nichtig ist. Jedoch will er das nicht auch für Rechtsgeschäfte Geisterkranker annehmen, weil das im Hinblick auf die Stellung, die das Gesetz in Ansehung des Schutzes Geisteskranker einnehme, unmöglich sei.[118])

Dagegen gewährt Titze[119]) weitergehend als Kuhlenbeck in seinem oben wiedergegebenen Falle stets dann einen negativen Ersatzanspruch, wenn ein wirksamer Vertrag deshalb nicht zustandekommt, weil der Offerent vor der Annahme des Antrags stirbt (§ 153 BGB.)

II. Der für das Verschulden beim Vertragsschluß gewährte Schadensersatzanspruch.

1. Die nächste Frage, ob es sich um eine deliktische oder kontraktliche Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß handelt, wird heute allgemein dahin beantwortet, daß der Anspruch „vertraglicher" Natur sei.[120])

Diejenigen Schriftsteller, die eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus einem Rechts- oder Schuldverhältnis herleiten, müssen schon deswegen zu einer vertraglichen Haftung kommen, weil es sich hierbei um Verletzung bestimmter, durch ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen begründeter Pflichten und deshalb nicht, wie beim Delikt, um einen Eingriff in die fremde Rechtssphäre handelt.[121])

Auch die anderen Schriftsteller, die es nicht auf ein der Verträge vorgelagertes besonderes Rechtsverhältnis abstellen, nehmen hier mit Einmütigkeit vertragliche Haftung an. Man begründet dieses Ergebnis damit, daß der Ersatzanspruch „die Folge der Vertragsverhandlungen und ein Ausfluß der durch sie zwischen den Parteien begründeten Sonderbeziehungen" sei.[122]) Das Gleiche müsse auch für den Fall des nicht zustandegekommenen Vertrages gelten, da es mit dessen Wesen vereinbar sei, daß, wenn auch nicht die beabsichtigten, so doch gesetzlich vorgesehene Folgen eintreten könnten. Diese Folgen, die immerhin auf dem, wenn auch rechtlich nicht wirksamen Vertrage beruhten, seien gleichfalls vertraglicher Natur.[123])

---

[118]) Ebenso Hildebrandt, S. 139, Anm. 43.
[119]) Titze, S. 523.
[120]) Staudinger-Werner, § 10, 2; Oertmann, § 307, 2; von Tuhr II 1, S. 490; Titze, S. 520; Heck, § 41, 4.
[121]) von Tuhr II 1, S. 490.
[122]) Titze, S. 520.
[123]) Titze, S. 520.

2. Die Verletzung der bestehenden vorvertraglichen Pflichten erzeugt einen Schadensersatzanspruch. Es ist festzustellen, in welchem Umfange ein solcher zuzuerkennen ist.

In der ersten Zeit, als die Literatur und Rechtsprechung noch annahm, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur bei später erfolgtem Vertragsschluß anzuerkennen sei, und als man die Haftung aus dem nachfolgenden Vertrage ableitete, erkannte man gewöhnlich als Schadensersatz das positive Erfüllungsinteresse zu.[124])

Von diesem Grundsatz ging jedoch das Reichsgericht[125]) und schon vorher noch Oertmann[126]) ab, und zwar bevor eine Haftung für Verschulden bei nichtigen Verträgen anerkannt wurde. Das Reichsgericht beschränkte den Ersatzanspruch jetzt regelmäßig auf das sog. negative Interesse. Dieses Ergebnis begründete das Reichsgericht damit, daß gemäß § 249 BGB. der Zustand wieder hergestellt werden müsse, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Oertmann will die Haftung auf das negative Interesse besonders mit einem Umkehrschluß aus § 463 BGB. begründen, der seiner Meinung nach gleichfalls einen Fall der culpa in contrahendo darstelle und nur ausnahmsweise einen Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewähre.

Diese Lehre geht davon aus, daß reglmäßig ohne das inkorrekte Verhalten des einen Teils der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre. Daraus entnimmt das Reichsgericht die Auffassung, daß nur dann das positive Erfüllungsinteresse zuzuerkennen sei, wenn der Geschädigte nachweisen könne, es wäre ihm bei Mitteilung der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag unter entsprechenden günstigeren Bedingungen zu schließen.

Es wird auch meist angenommen, daß das hier zu gewährende negative Interesse, wenn auch das positive Erfüllungsinteresse erreichen, so doch niemals übersteigen dürfe. So meint Siber, daß bei culpa in contrahendo das negative Interesse stets analog den Fällen des § 307 BGB. durch das positive Erfüllungsinteresse beschränkt sei.[127])

Diese Lehre greift Titze[128]) jetzt in zwei Punkten an. Im Gegensatz zu Siber hebt er hervor, daß der fragliche Ersatzanspruch leicht über den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der im Vertrag vereinbarten Leistung hinausgehen könne. Denn seiner Ansicht nach bestehe der Schaden gerade darin, daß ein Vertrag wie der vorliegende zustandegekommen sei. Deshalb hält es Titze in seiner weiteren Kritik auch für

[124]) RG. JW. 1912, 743.
[125]) RGZ. 103, 47. Ebenso auch Enneccerus-Lehmann, § 43 III.
[126]) Leipziger Zeitschrift 1914, 519; Komm., § 280 V.
[127]) Planck-Siber vor § 275 I, 4 d.
[128]) Titze, 518/9.

unbillig, daß der Geschädigte beweisen müsse, der andere Teil hätte den Vertrag auch zu den für ihn ungünstigeren Bedingungen angenommen. Wenn z. B. jemand eine Wohnung mietet, bei der ihn gerade der Balkon mit seiner schönen Aussicht gelockt habe, während der Vermieter hätte wissen müssen, daß diese Aussicht bald verbaut werden würde, so hat es, wie Titze hervorhebt, der Vermieter gerade bewirkt, daß der Geschädigte sich den Vertrag zu diesen Bedingungen gefallen lassen muß. Titze kommt deshalb zu dem Ergebnis, der Mieter könne auf Herabsetzung des Mietzinses klagen, ohne daß sich der Beklagte darauf berufen dürfe, daß er den Vertrag zu diesen günstigeren Bedingungen nicht geschlossen hätte.

Wenn dagegen ein Vertrag nicht zustandekommt, so will Titze[129]) das hier zu gewährende negative Vertrauensinteresse begrenzen, da die Partei nie besser gestellt werden dürfe, als wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.

3. Da die Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschluß im Gesetz nicht unmittelbar geregelt ist, so sind im Gesetz auch keine Grundsätze über den Haftungsmaßstab aufgestellt. Bei wörtlicher Gesetzesanwendung müßte dann regelmäßig § 276 BGB. anwendbar sein, d. h. es müßte für jedes Verschulden gehaftet werden. Es scheint jedoch unbillig, jemanden, der erst in Vertragsverhandlungen steht, schärfer als bei schon geschlossenem Vertrage haften zu lassen. Es wird daher auch allgemein angenommen,[130]) daß beim Vertragsschluß dieselbe Sorgfalt zu prästieren sei, wie bei der Erfüllung. Deshalb hat z. B. der Schenker entsprechend § 521 BGB. auch wegen Verschuldens beim Vertragsschluß nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit einzustehen. Ebenso verhält es sich beim Verleiher.

Gegen eine analoge Anwendung der §§ 521, 599 BGB. auf die culpa in contrahendo des Schenkers bzw. des Verleihers spricht sich Steinberg aus.[131]) Er meint, der Gesetzgeber hätte schon in den §§ 523, Abs. 1, 524, Abs. 1, 600 BGB. bestimmt, daß der Schenker und Verleiher nur für Arglist haften sollen. Daraus will Steinberg entnehmen, daß der Schenker und Verleiher für Verschulden beim Vertragsschluß in allen Fällen nur für Arglist haften dürften.

Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn nicht einheitlich feststeht, welcher Vertrag im Einzelfall beabsichtigt ist. Solange die Parteien sich nicht darüber einig sind, meint Reiser,[132]) müsse von jedem Partner jede culpa vertreten werden.

---

[129]) Titze, S. 521.

[130]) Planck-Siber vor § 275 I 4d; Oertmann, § 280 IV b; Heck, § 41, 4; Heldrich, S. 55.

[131]) Steinberg, S. 104/5.

[132]) Raiser, S. 23.

So könne sich z. B. der Schenkungsofferent solange nicht darauf berufen, daß er die Interessen seines Vertragsgegners nur im beschränkten Umfange zu wahren brauche, als nicht dieser die Absicht erkannt habe, daß ihm eine Schenkung angeboten werde. Demgegenüber vertritt Steinberg[133]) die Ansicht, daß man die Interessen des Schadensersatzberechtigten nicht allein für ausschlaggebend halten dürfe. Vielmehr verlangt er, daß man im Wege freier Interessenabwägung nach Treu und Glauben die beiderseitigen Interessen berücksichtigen müsse.[134])

III. Haftung für Verschulden des Erfüllungsgehilfen bei Vertragsschluß.

Gemäß der allgemein ablehnenden Haltung, die man anfangs gegenüber einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß eingenommen hatte, lehnte man auch die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ab, wenn der Erfüllungsgehilfe oder Vertreter sich eine sog. culpa in contrahendo hatte zuschulden kommen lassen. Man tat dies mit der Begründung, daß in der schuldhaften Schädigung, die bei Abschluß des Geschäftes begangen wäre, keine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten liege.[135]) „Der Hilfsperson bedient sich der Schuldner zur Erfüllung, nicht schlechthin zur Ermöglichung derselben."[136]) Deshalb ließ man folgerichtig den dominus stets nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlung haften. Dem schloß sich auch die Rechtsprechung an. So beantwortete eine Reichsgerichtsentscheidung[137]) aus dem Jahre 1906 die Frage, ob das beim Vertragsabschluß begangene Verschulden als unerlaubte Handlung oder als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu betrachten sei, dahin, daß es sich hier nur um eine außerhalb des Vertragsverhältnisses begangene unerlaubte Handlung handeln könne, wenn der Stellvertreter sich arglistig verhalte. Denn eine nicht vertragsmäßig vorgenommene Handlung könne nicht als eine rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende Handlung angesehen werden. Ebenso lehnte das Reichsgericht es ab, gemäß den §§ 164 ff. BGB. eine Haftung zu bejahen. § 164 BGB. spreche von „Willens"erklärungen, und eine nicht vertragsgemäße, sondern nur bei Gelegenheit eines Vertragsschlusses gemachte Angabe könne nicht als „Willens"erklärung betrachtet

---

[133]) Steinberg, S. 110.
[134]) Steinberg, S. 23.
[135]) Dernburg II 1, S. 145; Crome II 1, S. 117; Feder, S. 26/7.
[136]) Nußbaum, S. 66/7.
[137]) RGZ. 61, 210.

werden, da es sich um gewisse tatsächliche Behauptungen handle, die mit dem auf den Vertrag selbst gerichteten Willen nichts zu tun hätten.[138])

Man sah allerdings bald ein, daß bei dieser Gesetzesanwendung ein unerwünschtes Ergebnis insofern entstand, als der Geschäftsherr die Vorteile eines für ihn durch den Geschäftsführer vorbereiteten Geschäfts genoß, während er die durch diesen verschuldeten Nachteile von sich abweisen konnte.[139]) Dieses unbillige Ergebnis versuchte man dadurch zu vermeiden, daß man im Einzelfall sehr weit ging in der Annahme einer stillschweigenden Verpflichtung, für alles etwaige Verschulden einer benutzten Mittelsperson zu haften.[140])

Auf anderem Wege versuchte Kiehl[141]) zu demselben Ergebnis zu kommen. Er meinte — für den Kauf —, daß im Falle der Arglist des Bevollmächtigten des Verkäufers der Käufer einen Ersatzanspruch aus dem Gesetz selbst unmittelbar überhaupt nicht ableiten könne. Denn aus § 164 BGB. könne die Haftung nicht abgeleitet werden, da § 164 BGB. nur von der Wirksamkeit der „abgegebenen" Willenserklärung handle, während in diesem Falle gerade Umstände die Haftung begründen sollen, die sich außerhalb des geschlossenen Vertrages zugetragen hätten. Ebenso verhalte es sich mit § 166 BGB. Für § 278 BGB. sei deshalb kein Raum, weil die Pflicht zu redlichem Verhalten beim Vertragsschluß keine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB. sei. Ebenso wenig könne aber aus § 831 BGB. eine Haftung abgeleitet werden, da nach § 463 BGB. ein Gewährleistungsanspruch geltend gemacht, nicht aber Ersatz eines durch eine unerlaubte Handlung zugefügten Schadens begehrt werde. Diese Lücke, meint Kiehl, müsse man nach Treu und Glauben ausfüllen, und zwar zugunsten des Käufers, da seine Interessen schutzwürdiger und schutzbedürftiger seien als die des Verkäufers. Wenn daher der Käufer mit einem Bevollmächtigten des Verkäufers verhandle, müsse er nach Treu und Glauben so gestellt werden, als ob er mit dem Verkäufer selbst den Vertrag schlösse. Dies sage der Verkäufer auch stillschweigend zu, wenn er eine vorbehaltlose Vollmacht erteile und den Käufer zum Vertragsschlusse an den Bevollmächtigten verweise.[142])

Dem Reichsgericht wurde vorgeworfen, daß es nur deshalb zu einem unbilligen Ergebnis komme, weil es sich nicht von dem

---

[138]) So auch RG. JW. 1913, 378.
[139]) RGZ. 63, 164, 151.
[140]) RGZ. 63, 146, 151.
[141]) Kiehl, S. 275, 259.
[142]) Kiehl, S. 263.

Wortlaut des § 264 BGB. („Willens"erklärung) freimache.[143]) Man bejahte deshalb vereinzelt für die vorliegenden Fälle die direkte Anwendung der § 164 ff. BGB.[144]) In diesem Sinne hat deshalb denn auch das Reichsgericht selbst bisweilen entschieden, wenn es eine entsprechende Anwendung des § 166 BGB. bejahte. In RGZ. 88, S. 244, führte es aus, daß der Vertretene das Geschäft, zu dessen Abschluß er Vollmacht erteilt habe, so hinnehmen müsse, wie es sein Vertreter abgeschlossen habe, also auch mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln, was aus § 166 BGB. folge.

Nachdem sich die Lehre durchgesetzt hatte, daß man ein Verschulden beim Vertragsschluß ebenso vertreten müsse, wie ein Verschulden nach geschlossenem Vertrage, wandte man in diesen Fällen folgerichtig auch § 278 BGB. stets an. Von Tuhr,[145]) der ja schon im Stadium der Vertragsverhandlungen ein gewisse Rechtspflichten erzeugendes Rechtsverhältnis angenommen hatte, begründete die Haftung aus § 278 BGB. mit dem Hinweis darauf, daß die Verletzung dieser Pflichten, weil sie innerhalb eines Rechtsverhältnisses erfolge, relatives Unrecht und daher nach § 278 BGB. zu behandeln sei.

Das Reichsgericht[146]) ließ sich auch in dieser Frage besonders von Billigkeitserwägungen leiten, die bereits in der erwähnten Entscheidung im 63. Bande dasselbe Ergebnis gezeitigt hatte. Der Reichsgerichtsrätekommentar[147]) hebt hervor, dieses Ergebnis sei deshalb so unbillig, weil der Vollmachtgeber den Vorteil, den er durch den Vertrag erlange, wahren, während der andere Teil nur den Schaden von sich abwenden wolle.

Heute hat sich ganz allgemein[148]) die Ansicht durchgesetzt, daß die §§ 164 ff. BGB. nur den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen aussprechen, wonach die Wirkungen solcher Willenserklärungen des Vertreters in der Person des Vertretenen entstehen. Dagegen sind sie nicht dazu bestimmt, die rechtlichen Folgen zu regeln. § 166 BGB. handelt also nur von der Wirksamkeit diesbezüglicher Willenserklärungen. Bei der culpa in contrahendo dagegen handelt es sich um die Haftung des Vollmachtgebers. Daß § 164 BGB. nicht die rechtlichen Folgen gegebener Haftungsbestände behandelt, geht auch daraus hervor, daß diese Folgen auch ohne einen auf sie gerichteten Willen des Vertreters aus den von ihm

[143]) Müller-Erzbach, S. 499.
[144]) Müller-Erzbach, S. 79.
[145]) von Tuhr III, S. 463.
[146]) RGZ. 103, 47; 114, 155; 120, 126.
[147]) § 166, 3 b.
[148]) Vgl. Hildebrandt, S. 279 ff. und S. 289, 291.

bei Ausübung seiner Vertretungsmacht vorgenommenen Handlungen für den Vertretenen entstehen kann.

Oertmann[149]) will § 278 BGB. nur auf die Abschlußgehilfen, aber nicht auf die Abschlußvertreter angewandt wissen, weil es unlogisch sei, den Geschäftsherrn einerseits erst aus der Vertreterhandlung verpflichtet werden zu lassen, ihn aber andererseits bereits eine Verantwortlichkeit für das Verhalten des Vertreters bei ihrer Vornahme aufzubürden. Oertmann erkennt aber selbst an, daß vorvertragliche Verbindlichkeiten ebenso zu erfüllen seien, wenn sie von einem Gehilfen vorgenommen werden, wie wenn sie der Verpflichtete selbst erfülle. Mit Recht hält deshalb Steinberg[150]) Oertmann entgegen, daß, wenn derartige Verbindlichkeiten vorlägen, bevor aus Willenserklärungen vertragliche Verpflichtungen entständen, sie auch von dem Vertreter ebenso erfüllt werden müßten, wie von dem Verpflichteten.

[149]) Oertmann, § 278, 3 e.
[150]) Steinberg, S. 102.

D. Ausländisches Recht.

I. Österreichisches Recht.

Im österreichischen Recht ist die vorvertragliche Haftung streng deliktisch durchgeführt worden. Gemäß § 1259 des österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Rechts ist jedermann berechtigt, vom Beschädiger Ersatz des durch Verschulden zugefügten Schaden zu fordern, mag er durch eine Vertragsverletzung oder außerhalb eines Vertrages entstanden sein. Der Schadenseingriff muß natürlich widerrechtlich begangen sein. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Haftung für vorvertragliches Verschulden zu beurteilen. Spezielle Anhalte für eine derartige Haftung bietet das Gesetz nicht. Nach österreichischer Praxis wird die Haftung nicht so weitherzig bejaht, wie dies im Artikel 1382 des code civile der Fall ist, was sich ja zwangslos daraus ergibt, daß die deliktischen Gesichtspunkte überwiegen.[151]) So hat z. B. gemäß § 945 des österreichischen Gesetzbuches, wer wissentlich eine fremde Sache verschenkt, für die nachteiligen Folgen dann aufzukommen, wenn er diesen Umstand verschweigt. Mit dieser Vorschrift ist positiv-rechtlich die Haftung für vorvertragliches Verschulden anerkannt.[152]) Gleiches gilt im Falle eines Verwahrungsvertrages gemäß § 967. Es ist Ehrenzweig[153]) nicht zuzustimmen, wenn in diesem Falle eine Haftung unter dem Gesichtspunkt vorvertraglichen Verschuldens ablehnt. Denn das Gesetz sagt ohne Einschränkung, daß der Verleger verpflichtet ist, dem Verwahrer allen in schuldbarer Weise zugefügten Schaden zu ersetzen. Damit ist auch jener Schade gemeint, der durch die Mangelhaftigkeit der in Verwahrung gegebenen Sache oder in sonstiger Weise auch vor Vertragsschluß entstanden ist. Nicht anders ist schließlich die Sachlage im Falle des § 1014, wenn es heißt, der Gewaltgeber hat dem Gewalthaber allen durch sein Verschulden entsandenen oder mit Erfüllung des Auftrags verbundenen Schaden zu vergüten. Hier wird Erfüllungsschaden

[151]) Heldrich, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 44 ff.
[152]) Ehrenzweig, II 1, § 356 IV.
[153]) Ehrenzweig, a. a. O.

und sonstiger Schaden unterschieden. Wie bei uns kann mit letzterem nur der vorvertragliche Haftungstatbestand gemeint sein. Hat also der Mandant die schadenstiftenden Eigenschaften des etwa zum Verkauf übergebenen Gegenstandes gekannt, ohne den Mandatar auf den möglichen Eintritt eines dadurch bewirkten Schadens aufmerksam zu machen, so soll die Haftung gegeben sein.

Aus diesen Bestimmungen kann man für das österreichische Gesetz den allgemeinen Schluß ziehen, daß auch in anderen als den durch positive Vorschriften angegebenen Fällen eine Haftung bei unterlassener Kundmachung oder pflichtwidriger Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt im Stadium der Vorverhandlungen gegeben ist. In diesem Sinne können wir der Auffassung Heldrich's nicht beipflichten, wenn er meint, daß die Vorschriften der §§ 248, 866 gegenüber dem § 1295 Sondervorschriften darstellen, die nicht unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo gebracht werden können. Hier ist der Schadensersatzanspruch nicht, wie Heldrich meint, an erschwerte Bedingungen geknüpft, sondern die Tatbestände sind in ihrer Gesamtlagerung auch nur ein Niederschlag der allgemeinen Verschuldenshaftung, deren Besonderheit hier nur darin besteht, daß der Handelnde seine Fähigkeit zum Vertragsschluß „in listiger Weise" vorspiegelt und die in der Person des Gegners gegebenen Erkundigungsschwierigkeiten zum Nachteil desselben ausnutzt. Der Erkenntnisgrund der Haftung ist auch hier das Einstehenmüssen für einen Schaden, der durch einen besonderen pflichtwidrigen Grad vorvertraglichen Verschuldens entstanden ist. Heldrich verwechselt also die Art und Weise der Begehung einer Handlung mit dem Erkenntnisgrund der Haftung, wenn er die in den angegebenen Vorschriften geregelten Bestimmungen ausscheiden will. Gleiches gilt für die besonderen Irrtumsvorschriften der §§ 871/2. Hier tritt ganz offenbar zutage, daß unter dem Gesichtspunkt der zu berücksichtigenden Interessenlage der Partei auch für schuldloses Verhalten im Stadium der Vorverhaftungen gehaftet werden soll. Daß hier ohne Verschulden gehaftet wird, vermag an der Rechtsfigur für Haftung für vorvertragliche Interessenverletzung nichts zu ändern, da es dem Gesetzgeber ja unbenommen verbleibt, auch schuldlose zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen als ausreichenden Haftungsgrund anzuerkennen. Das Verschulden ist nicht tatbestandsmäßig Erkennungsgrund der Haftung, sondern die nicht genügende Rücksichtnahme auf fremde Interessen, sofern nur das Verhältnis der Parteien sich so intenvisiert oder verdichtet hat, daß konstruktiv von einer obligatio nascitura gesprochen werden kann. Geradezu bewiesen wird der hier eingenommene Standpunkt durch die Vorschrift des § 878 des österreichischen Gesetzbuches, der etwa

der Vorschrift des § 307 unseres BGB. entspricht und unter gleichen Gesichtspunkten einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensinteresses zuspricht, etwa unter gleichen Erwägungen, wie es schon Jhering in seinen Ausführungen über die Haftung für culpa in contrahendo getan hat.

II. Schweizerisches Recht.

Beim Schweizerischen Recht ist bei der Behandlung unseres Problems von der grundlegenden Vorschrift des Artikels 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches auszugehen. Danach hat jeder Mensch in der Ausübung seines Rechts und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Diese Vorschrift ist nicht nur eine materielle Justiznorm in dem Sinne, daß ein dieser Vorschrift zuwiderlaufendes Verhalten als rechtswidrig und pflichtwidrig gekennzeichnet wird. Es ist Heldrich[154]) nicht beizupflichten, wenn er dieser Vorschrift keinen besonderen Wert in dem Sinne beilegen will, daß aus ihr keine Haftung entnommen kann. Denn es ist zu eng, mit Heldrich zu sagen, daß derjenige, der Vorverhandlungen zum Zwecke des Vertragsschlusses anknüpft, im Sinne des Artikels 2 keine „Rechte ausübt". Damit ist zwar nicht gemeint, Ausübung eines fest bestimmten, von der Rechtsordnung dem einzelnen eingeräumtes Privatrecht; sondern Artikel 2 will ganz allgemein zum Ausdruck bringen, daß jede Verwirklichung einer rechtserheblichen Betätigung nach Treu und Glauben zu erfolgen hat. Das Vorliegen eines Vertrages und eines erst aus ihm folgenden subjektiven Privatrechts wird nicht unbedingt erfordert. In diesem Sinne kann man sehr wohl bei einem Vorverhandlungen anknüpfenden Geschäftspartner sagen, daß er die von der Rechtsordnung ihm eingeräumte Macht, Vertragsschlüsse herbeizuführen, gegen Treu und Glauben, d. h. rechtswidrig, ausübt und gerade das soll zur Haftung führen. Im übrigen ist zuzugeben, daß von einer direkten Anerkennung der Haftung für vorvertragliches Verschulden im Artikel 2 keine Rede sein kann.

Das schweizerische Recht läßt eine einheitliche Haftungsregel vermissen. Zunächst bestehen Sonderbestimmungen für den Fall, wenn es sich um einen nichtigen oder nicht zustandegekommenen Vertrage handelt. Hier kommen vor allem die Art. 26 und 180 des schweizerischen Obligationsrechts in Betracht.[155]) Danach hat der Irrende, wenn er den Irrtum nicht gegen sich

[154]) Heldrich, a. a. O., S. 47 ff.
[155]) Vgl. von Tuhr, Schweizerisches Obligationsrecht 1. Halbband, Seite 170.

gelten läßt, den durch Fahrlässigkeit herbeigeführten Vertrauensschaden des Gegners ebenso zu ersetzen, wie der Schuldübernehmer den Gläubiger den Schaden zu ersetzen hat, der diesem bei Fortfall des Übernahmevertrages infolge des Verlustes früher erlangter Sicherheiten usw. entstanden ist. Voraussetzung ist: Schuldhafte Handlungsweise des Übernehmers. Hier haben wir die Sondervorschriften des Gesetzes, die einen Niederschlag des allgemeinen Grundsatzes darstellen, wie ihn Artikel 41 des schweizerischen Obligationsrechts[156]) zum Ausdruck bringt. Es leuchtet ein, daß man nach diesem allgemeinen Grundsatz eine Haftung für vorvertragliches Verschulden auch dann bejahen kann, wenn es später zu einem Vertragsschluß kommt. Eine ausdrückliche diesbezügliche Vorschrift kennt das Gesetz nicht; es bedarf einer solchen auch nicht, da die Vorschriften des zweiten Abschnittes Art. 14 ff. zur Begründung einer solchen Haftung ausreichen. Ähnlich wie im österreichischen Recht wird, wie die Übertitlung des Abschnittes zeigt, der deliktische Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt. Wer eine unmögliche Leistung verspricht, haftet im Falle der Erkenntnis oder des Erkennenmüssens der Leistungsunmöglichkeit wie der Offerent, der bei zu spätem Zugang der Annahmereklärung es pflichtwidrig unterläßt, dem Antragsgegener den verspäteten Zugang der Annahmeerklärung anzuzeigen.[157]) Ebenso hat Fick[158]) Recht, wenn er eine solche Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß dann für gegeben erachtet, wenn der unbevollmächtigte Vertreter für sein Verschulden auch dann einzustehen hat, wenn der andere Vertragspartner den Vollmachtsmangel kannte. Auch das Bundesgericht[159]) erkennt allgemein den Grundsatz an, daß es sich in den Fällen pflichtwidriger Unterlassung einer Aufklärung ebenso wie im Falle der Erkenntnis einer unmöglichen Leistung und der arglistigen Unterhaltung und Erweckung eines Irrtums um ein allgemeines Prinzip handelt, das als nichts anderes als eine generelle Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß angesprochen werden kann.

---

[156]) „Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet."

[157]) Oser, Komm. zu Art. 3 a.

[158]) Fick, Komm. zu Art. 39, 9.

[159]) Vgl. Bundesgericht 36 II, S. 202; 41 II, S. 375 und 49 II, S. 54.

Lebenslauf.

Am 21. April 1907 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Louis Ehrlich zu Berlin geboren. Ich besuchte zuerst das Sophien-Gymnasium und wurde in das Berlinische Gymnasium zum Grauen Kloster umgeschult, als das Sophien-Gymnasium 1924 aufgelöst wurde. Im Jahre 1927 bestand ich die Reifeprüfung an dieser Schule. Danach studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar auf der Kaiser-Wilhelms-Universität in Berlin und der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Juni 1931 bestand ich die erste Juristische Staatsprüfung. Die Ernennung zum Referendar folgte im Juni 1931.